



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede hadde gjennom annonsering i avis etterspurt tilbud på brøytetjenester. Kontraktene ble ikke kunngjort. I tråd med tidligere praksis ble kontraktsverdien for de ulike kontraktene sett i sammenheng. Klagenemnda ila innklagede et gebyr på 180 000 kroner, noe som utgjør ca. 10 % av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 17. februar i sak 2012/44

Klager: WS Maskin og Transport AS

Innklaget: Kvæfjord kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Morten Goller

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra WS Maskin og Transport AS av 9. februar 2012. Saken gjelder anskaffelse av brøytetjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 180 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Kvæfjord kommune (heretter kalt innklagede) har etter annonsering i Harstad Tidende og Vesterålen Avis inngått kontrakter med fem leverandører av brøytetjenester. Kontraktene ble inngått i desember 2011 og gjaldt for to brøytesesonger.
- (4) Innklagede har opplyst at kommunen for sesongen 2011/12 betalte kroner 913 650 eksklusive merverdiavgift i medhold av kontraktene. For sesongen 2012/13 betalte kommunen kroner 945 086 eksklusive merverdiavgift. For årene før dette betalte innklagede kroner 437 464, kroner 574 653, og kroner 612 599 eksklusive merverdiavgift.
- (5) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) ved brev av 9. februar 2012. Samtlige kontrakter er nå avsluttet.
- (6) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. februar 2014.

Anførsler:***Klagers anførsler:***

- (7) Innklagede har kjøpt brøytetjenester uten kunngjøring. Dette representerer en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (8) Klagers anførsel bestrides. Innklagede er en mindre kommune med i overkant av 3000 innbyggere. Topografien er vanskelig ved at den deles av fjorder og det er fergestrekninger som skiller brøyterodene. Det er derfor vanskelig å tenke seg at en leverandør skal kunne brøyte samtlige roder.
- (9) Det har også vist seg vanskelig å få nok tilbydere til å få samtlige roder brøytet. Invitasjonen om å innlevere tilbud måtte annonseres to ganger. De kommunale vegene er preget av små, trange og svingete stikkveger. Dette gjør dem dårlig egnet for tungt utstyr. Det har derfor så langt vært tradisjon å lyse ut brøytekontrakter i den regionalt dekkende presse. Tradisjonelt har derfor markedet vært preget av små lokale aktører. Det har vært vanskelig å se for seg at store nasjonale eller overnasjonale selskaper skulle ha interesse av slike kontrakter. Det har derfor heller aldri vært gitt tilbud fra slike større selskaper. Slike aktører har heller aldri vist interesse for brøytekontrakter i Kvæfjord kommune.
- (10) Subsidiært anføres det at det ikke foreligger grov uaktsomhet fra innklagedes side, at eventuell overtredelse ikke kan anses som grov, og at et eventuelt gebyr uansett bør settes lavt.

Klagenemndas vurdering:

- (11) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av brøytetjenester. Brøytetjenester er omfattet av CPV-kode 90620000-9 "*Snow-clearing services*". Anskaffelsen er følgelig en prioritert tjeneste omfattet av forskriften vedlegg 5, tjenestekategori (16). Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (12) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (13) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (14) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli eller senere.

- (15) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder kontrakter som er inngått i 2011, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (16) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 22. februar 2012. Kontraktene ble inngått i desember 2011. Klagenemndas adgang til å ilegge gebyr er derfor ikke foreldet.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

- (18) Forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (2), oppstiller kunngjøringsplikt i Doffin-databasen for alle anskaffelser som overstiger 500 000. For kontrakter som overstiger terskelverdien i § 2-2 (1), innebærer forskriften § 18-1 at anskaffelsen i tillegg må kunngjøres i TED-databasen. En tilbudsinnbydelse i en avis tilfredsstiller ikke kunngjøringsplikten i medhold av disse bestemmelsene.
- (19) I foreliggende sak er det tale om kontrakter med fem ulike leverandører om brøytetjenester. Innklagede har erkjent at kontraktsverdien for den ene av kontraktene overskrider terskelverdien for kunngjøring. For de andre kontraktene vil det likevel ha betydning om beregningsreglene fører til at de ulike kontraktene må ses i sammenheng.
- (20) Forskriften § 2-3 (7) angir følgende:

"Når en tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid er inndelt i flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for samtidig, skal den anslåtte verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen."

- (21) Klagenemnda har i sakene 2011/253 og 2011/256 tatt stilling til denne bestemmelsen i relasjon til brøytetjenester, hvor saksforholdet i stor grad var likt som i foreliggende sak. Klagenemnda uttale i sak 2011/253:

"(24) Selv om det ikke er helt avklart hva som skal anses som en tjeneste i relasjon til § 2-3 (7), må bestemmelsen i utgangspunktet anses å være anvendelig for et "prosjekt til innkjøp af en vis mængde varer og/eller tjenesteydelser", jf. direktiv 2004/18 artikkel 9 nr 3, som i forskriften gjenspeiles av § 2-3 (4). Dette må i utgangspunktet anses å dekke et tilfelle som det foreliggende. Delkontraktene, som gjelder samme type tjeneste, ble etter det opplyste annonsert i Sunnmørsposten. Kontraktene ble inngått i perioden 24. september 2010 og 28. oktober 2010, hvilket må anses som samtidig i relasjon til forskriften § 2-3 (7), jf. klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22 premiss (144) flg.

(25) Innklagede har fremholdt at kontraktene må ses hver for seg, da grunnen til oppdelingen var praktiske, geografiske og klimatiske årsaker. Innklagede har videre fremholdt at dersom hele vintervedlikeholdet må kunngjøres i Doffin-databasen vil dette i praksis føre til at mindre leverandører utelukkes fra å utføre tjenesten.

(26) Selv om enkelte slike momenter etter omstendighetene kan ha betydning, se i denne retning klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2008/81 og 2008/85, kan de for foreliggende sak ikke rettferdiggjøre en oppdeling av kontraktene. Systemet i forskriften er at oppdragsgivere fritt kan gi leverandører adgang til å innlevere deltilbud på definerte oppdrag, og tildele kontrakt til det beste tilbudet innenfor hvert oppdrag. Beregningsreglene i § 2-3 innebærer ikke et forbud mot oppdeling av kontrakter, men en plikt til kunngjøring. Det er derfor ikke riktig som innklagede anfører at kunngjøring utelukker mindre leverandører. Og dersom det er vanskelig å skaffe interesserte leverandører, er systemet i forskriften at oppdragsgiver kan unnlate kunngjøring dersom det etter en forutgående konkurranse ikke foreligger egnede tilbud, jf. § 2-1 (2) bokstav e og forskriften 14-4 bokstav b. Oppdragsgiver må altså først kunngjøre kontraktene før kontrakt kan inngås uten forutgående kunngjøring. De geografiske forhold innklagede viser til berører også først og fremst leverandørenes interesse for å inngi tilbud. Anførselen er heller ikke nærmere dokumentert.

(27) På denne bakgrunn må samtlige kontrakter inngått i 2010 ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens verdi."

- (22) Tilsvarende må gjelde i foreliggende sak. Samlet utgjør kontraktsverdien for de fem kontraktene som ble inngått i 2011 kroner 1 858 736 inklusive merverdiavgift. Innklagede har ikke anført andre unntak fra kunngjøringsplikten, hvilket innebærer at innklagedes manglende kunngjøring av brøytekontraktene representerer en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (23) Etter loven § 7b første ledd er det et vilkår for at klagenemnda kan ilegge overtredelsesgebyr at oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt "forsettlig eller grovt uaktsomt".
- (24) 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 rettsuvitenhet 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."

- (25) At de ulike brøytekontraktene skulle vært sett i sammenheng i relasjon til terskelverdien fremstår ikke særlig tvilsomt. Innklagede har ikke dokumentert at det ble foretatt noen vurderinger på dette punkt før kontraktsinngåelse. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede i det minste må anses å ha opptrådt grovt uaktsomt ved inngåelse av samtlige kontrakter.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (26) Etter loven § 7b første ledd første setning, "kan" oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av hvorvidt det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering hvor det særlig skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. § 7b annet ledd.
- (27) 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.
- (28) I en av de første gebyrsakene klagenemnda behandlet, 2007/90, uttalte klagenemnda i premiss (52) 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."*
- (29) Når det gjelder kontraktene som ble inngått i 2011 er det ikke tvilsomt at verdien skulle vært lagt sammen i relasjon til kunngjøringsplikten. Innklagede har i det minste opptrådt grovt uaktsomt. At innklagede sørget for en viss konkurranse om kontraktene ved å offentliggjøre dem i lokalavisen kan i foreliggende tilfelle heller ikke tillegges noen betydning for spørsmålet om gebyr skal ilegges – det var ikke tvilsomt at anskaffelsen skulle vært kunngjort.
- (30) Klagenemnda kan heller ikke se at det er andre omstendigheter som gir grunnlag for å unnlate å ilegge gebyr i denne saken. Klagenemnda finner etter dette at det bør ilegges gebyr.

Gebyrgrunnlaget

- (31) I tilsvaret til forhåndsvarselet har innklagede vist til at beløpet 1 858 736 først var kjent når arbeidet er fullført, og at totalkostnaden i siste kjente årsregnskap var kroner 612 599. Innklagede har på denne bakgrunn bedt om en kortfattet tilbakemelding på hvorledes beregningsgrunnlaget for gebyret er framkommet.
- (32) Som nevnt må de ulike kontraktene ses i sammenheng i medhold av forskriften § 2-3 (7), og kontraktsverdien for den enkelte kontrakt må beregnes ut fra hele kontraktsperioden, jf. forskriften § 2-3 (9). Det er altså totalvederlaget for samtlige kontrakter i to sesonger som utgjør anskaffelsens verdi. Ut fra tallene i det siste årsregnskapet ville da anskaffelsens anslåtte verdi minimum være kroner 1 225 198 (612 599 *2).
- (33) I relasjon til kunngjøringsplikten er det anskaffelsens anslåtte verdi som er avgjørende. Det er imidlertid hva som er eller vil bli betalt som er avgjørende ved fastsettelsen av

gebyrgrunnlaget, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sakene 2011/161 premiss (61), og 2011/351 premiss (58).

- (34) I forhåndsvarselet antok klagenemnda at den oppgitte kontraktsverdien for de fem kontraktene var inkludert merverdiavgift. Ettersom dette ikke stemmer skal det ikke gjøres fradrag for merverdiavgift, og gebyrgrunnlaget utgjør da kroner 1 858 736,

Gebyrets størrelse

- (35) 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 annet ledd, første setning. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b annet ledd, annen setning. I foreliggende sak er det skjerpende at det foreligger en klar overtredelse av kunngjøringsplikten. Innklagede har imidlertid sørget for en viss konkurranse om anskaffelsen ved å annonsere i lokalpressen. Når det gjelder gebyrets størrelse viser klagenemnda til sak 2010/187, 2011/253 og 2011/256 som også gjaldt ulovlig direkte anskaffelse av brøytetjenester, og hvor saksforholdene i stor grad tilsvarer foreliggende sak. Klagenemnda ila i samtlige av disse sakene gebyr som utgjorde ca. 10 % av kontraktssummen, og klagenemnda finner ikke grunn til å fravike dette i foreliggende sak. Gebyret settes etter dette til 10 %, som avrundes til kroner 180 000.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Kvæfjord kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 180 000 – hundreogåttitusen – kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtaks 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, 17. februar
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim