



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har kjøpt avfallstjenester knyttet til tømning av brønner for beløp som langt overskrider terskelverdien, uten å kunngjøre anskaffelsen. Klagenemnda fant at dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 15 % av kontraktssummen.

Klagenemndas gebyrvedtak 17. februar 2014 i sak 2012/61

Klager: Bentzen Transport AS

Innklaget: Romerike avfallsforedling IKS

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Bentzen Transport AS (heretter kalt klager) mottatt 28. februar 2012. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Romerike Avfallsforedling IKS' (forkortet ROAF og heretter kalt innklagede) anskaffelse av renovasjonstjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 313 912 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede er et interkommunalt selskap eid av kommunene Enebakk, Fet, Gjerdrum, Lørenskog, Nittedal, Rælingen, Skedsmo og Sørum.
- (4) Innklagede kjøper tjenester for innhenting og transport av husholdningsavfall for kommunene. Kommunene er inndelt i tre kontraktsområder, jf. oversikt nedenfor i premiss 7. Områdene kunngjøres med ulike intervaller basert på den enkelte kontrakts varighet. Innklagede har inngått kontrakter med RenoNorden AS (heretter kalt valgte leverandør) for levering av renovasjonstjenestene i alle områdene. Kontrakt for område 1 utløp 31. august 2012. Kontrakt for område 2 utløp 31. august 2011. Innklagede kunngjorde 19. april 2011 en ny konkurranse for kjøp av innsamling og transport av husholdningsavfall for kontraktsområdene 1 og 2. Denne konkurransen ble avlyst på grunn av feil i konkurransegrunnlaget. Da kontrakten for område 2 utløp 31. august 2011, forlenget innklagede denne kontrakten med valgte leverandør fra 1. september 2011 til 13. april 2012. For denne forlengelsen har klagenemnda i sak 2011/209 ilagt innklagede et overtredelsesgebyr som utgjorde ca. syv prosent av anskaffelsens verdi. Kontrakt for kontraktsområde 3 utløp 31. august 2013.

- (5) Av konkurransegrunnlaget tilhørende konkurransen som ble kunngjort 19. april 2011 og avlyst, fremgikk det for øvrig i punkt 3.2. at blant annet følgende tjenester var omfattet av oppdraget:

"- Innsamling og transport av restavfall. Dette omfatter tømming av beholdere. Containere og nedgravde oppsamlingsenheter (brønner). - Innsamling og transport av papir (papir, papp og kartong). Dette omfatter tømming av beholdere, containere og nedgravde oppsamlingsenheter (type Silo/Molok)".

- (6) Innklagede kunngjorde 23. august 2011 en ny konkurranse for anskaffelse av tjenester for innsamling og transport av husholdningsavfall. Konkurransen gjaldt kontraktsområdene 1 og 2. Anslått verdi på kontrakten var kroner 20 millioner.

- (7) Av konkurransegrunnlaget punkt 3 fremgikk følgende om kontraktsområder:

"De 8 kommunene i ROAF er inndelt i 3 kontraktsområder vedrørende innsamling og transport av husholdningsavfall, se tabellen nedenfor.

Tabell 1: Kontraktsområder

Kontraktsområde	Kommune	Område
<i>Kontraktsområde 1</i>	<i>Fet, Gjerdrum og Sørum</i>	<i>Kontraktsområde 1; omfattes av denne anskaffelsen</i>
<i>Kontraktsområde 2</i>	<i>Enebakk, Lørenskog og Rælingen</i>	<i>Kontraktsområde 2; omfattes av denne anskaffelsen</i>
<i>Kontraktsområde 3</i>	<i>Skedsmo og Nittedal</i>	<i>Kontraktsområde 3; omfattes <u>ikke</u> av denne anskaffelsen</i>

- (8) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.2.2 om "Tjenester som ikke fremgår av oppdraget" fremgikk følgende:

"Det gjøres oppmerksom på at følgende tjeneste ikke inngår i oppdraget, men driftes av ROAF:

(...)

- Tømming av avfallsbrønner (Molok og lignende) inngår ikke i kontrakten."

- (9) I e-post 21. september 2011 stilte klager blant annet følgende spørsmål til innklagede:

"1. (...)

3. Kan dere garantere at det ikke blir Reno Norden som får oppgaven med å tømme brønnene ved ny kontraktsstart, uansett utfall av denne konkurransen? (gjelder begge kontraktsområdene og selv om de får tildelt kontrakter)".

(10) I e-post av 26. september 2011, svarte innklagede følgende:

"1. (...)

2. (...)

3. Tømming av brønner skal utføres i egenregi av ROAF, eller tjenesten skal utlyses, konkurranseutsettes iht reglene om offentlige anskaffelser. ROAF kan ikke garantere at "Firma A" eller "Firma B" [eller] et annet firma får oppdraget".

(11) I protokoll datert 21. desember 2011 fremgikk det i punkt 1.14 at kontrakt ville bli inngått mellom valgte leverandør og innklagede, og at avtaledokumentene var sendt partene samme dato. Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev datert 28. februar 2012, med påstand om at det forelå ulovlig direkte anskaffelse av tjenester knyttet til tømming av brønner fra valgte leverandør. Innklagede ble varslet om klagen i brev fra klagenemndas sekretariat 29. februar 2012.

(12) Innklagede har også fremlagt en *"prolongeringsavtale"* mellom innklagede og valgte leverandør som ble signert av partene 24. og 26. april 2012. Følgende avtaletekst fremgikk:

"Vedrørende tømming av avfallsbrønner/undergrunnscontainere i kontraktsområde 2; Lørenskog, Rælingen og Enebakk. RenoNorden har siden 2007 tømt disse avfallsbrønnene og vil fortsette med det fram til september 2013, dette i henhold til intensjonen da utstyr ble anskaffet fra RenoNordens side om at alle kontraktsområder måtte sees under ett og at de følger utløp av siste kontraktsområde som er 31.08. 2013 for kontraktsområde 3; Nittedal og Skedsmo.

Denne prolongeringen omfatter tømming av både restavfalls- og papirbrønner, både eksisterende og eventuelt nye som måtte tilkomme i løpet av prolongeringsperioden fra og med 16.04. 2012 til og med 31.08. 2013. Ellers følger denne prolongeringen de øvrige vilkår som er i ny kontrakt mellom RenoNorden og Romerike Avfallsforedling IKS for de samme 3 kommunene og kontraktsområde.

Pris for tømming er lik for alle typer brønner og kr 300,- pr brønn pr tømming i hele prolongeringsperioden, fra og med 16.04. 2012".

(13) Det er opplyst at det ikke er inngått tilsvarende prolongeringsavtale for område 1, men at valgte leverandør også skulle tømme brønner i dette kontraktsområdet på samme måte som fremgår av prolongeringsavtalen for kontraktsområde 2.

(14) Innklagede har forklart at innføringen av avfallsbrønner/undergrunnscontainere tok til høsten 2007 og at tømming av slike brønner tidligere var del av avtalene om innhenting av husholdningsavfall. Innklagede har opplyst at man vurderte tjenesten som uforholdsmessig dyr, og mente at dette burde gjøres i egenregi.

(15) Innklagede har opplyst at fordi det tok lenger tid enn antatt å anskaffe utstyr for å utføre tjenesten i egenregi, fortsatte innklagede å kjøpe dette som en tjeneste av valgte leverandør. Dette skulle skje midlertidig inntil egnet kjøretøy var anskaffet.

(16) Innklagede har videre opplyst at kjøp av tjenesten fra valgte leverandør for område 3 opphørte 31. august 2013, og at forholdet vil avsluttes for område 1 og 2 den 31. august 2014. I følge innklagede er pris for tømming av brønner for område 2 kroner 633 576 per år og for område 1 er prisen kroner 281 964 per år.

- (17) Foranlediget av innklagedes anførsler ba sekretariatet innklagede om å oversende konkurransegrunnlaget og kontrakten med valgte leverandør for den kunngjorte konkurransen for kontraktsområde 3. Sekretariatet mottok dokumentene per e-post av 2. desember 2013. Konkurransegrunnlaget var datert 19. oktober 2005 og kontrakten var datert 27. januar 2006.
- (18) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.1 fremgikk det at anbudskonkurransen gjaldt renovasjonsoppdrag knyttet til *"Innsamling og transport av husholdningsavfall (restavfall og papir) i Nittedal og Skedsmo kommuner"*. Det fremgikk også at tilbudet skulle omfatte begge kommuner, som var benevnt *"kontraktsområde 3"*.
- (19) Av konkurransegrunnlaget punkt 3 om *"Kontraktsbestemmelser"* fremgikk det at NS 9430 *"Alminnelige kontraktsbestemmelser om innsamling og transport av husholdningsavfall"* av januar 2002 gjaldt som kontraktsbestemmelser. Ettersom avfallsbrønner ikke var innført på dette tidspunktet, fremgikk det ikke noe om tømning av slike.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. februar 2014.
- (21) Ved brev av 17. desember 2013 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr. Klagenemndas varsel var basert på at innklagede, til tross for gebyret innklagede ble ilagt i sak 2011/209, valgte å fortsette den ulovlige direkte anskaffelsen, for den delen av kontrakten som gjaldt brønntømming. Innklagede har kommentert forhåndsvarselet og bestridt grunnlaget for nemndas varsel. Innklagede har også fremlagt noen nye opplysninger.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse som omfatter tømning av brønner, ved at denne tjenesten er kjøpt av valgte leverandør uten å ha vært kunngjort.

Innklagedes anførsler:

- (23) Klagers anførsel bestrides. Kjøp av tømning av brønner fra valgte leverandør er en utvidelse av de eksisterende kontrakter som gjelder innhenting av husholdningsavfall i det området hvor brønnene befinner seg.
- (24) Tømning av brønner er i praksis samme tjeneste som den utlyste. Tjenesten utføres også normalt av samme tjenesteytere. Omfanget er lite sett i forhold til den totale tjenesten. Det er også på det rene at området er det samme, at leveringen er midlertidig og kun inntil innklagede har anskaffet nødvendig utstyr. Endringen blir ikke så omfattende at det er tale om vesentlige endringer, og det er utenkelig at endringen ville medført at andre leverandører kunne deltatt i konkurransen, eller at det kunne blitt antatt et annet tilbud enn det som ble valgt.
- (25) Det foreligger ikke brudd på regelverket og det er derfor ikke grunnlag for å illegge gebyr. Det gjøres uansett gjeldende at kravet til forsett eller grov uaktsomhet ikke er oppfylt. Dersom nemnda kommer til at gebyr må ilegges, må det settes lavt.

- (26) Det må også tas hensyn til at det har gått 18 måneder siden klagen ble sendt inn. Den lange saksbehandlingstiden er et moment som taler mot å ilegge gebyr, eventuelt at det ilegges et svært lavt gebyr.
- (27) Etter mottak av forhåndsvarselet har innklagede gjort gjeldende at det fortsatt ikke er grunnlag for å ilegge gebyr, og at et vedtak om ileggelse av gebyr på 15 % er for strengt.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe tømning av avfallsbrønner fra valgte leverandør, og hvorvidt det skal ilegges gebyr.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (29) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (30) 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.
- (31) 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 2012 eller senere.
- (32) 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. Dette er situasjonen i foreliggende sak.
- (33) 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.
- (34) Innklagede ble orientert om at det i saken var påstand om ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas fristavbrytende brev av 29. februar 2012.
- (35) Innklagede har forklart at tømning av brønner tidligere var en del av avtale om innhenting av husholdningsavfall, og at bruken av slike brønner ble innført fra 2007. En egen avtale om dette, bortsett fra "*prolongeringsavtalen*" som gjaldt for kontraktsområde 2, er ikke fremlagt i saken. Prolongeringsavtalen er inngått etter 29. februar 2010. Klagen er således rettidig i relasjon til denne. For tømning av brønner i kontraktsområde 1 og 3 er det ikke dokumentert at det foreligger en egen kontrakt om dette, eller en endring av en kontrakt, som er inngått før 29. februar 2010. Klagen må derfor anses rettidig.
- (36) 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.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (37) Av loven § 7b, 1. ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe avfallstømming av brønner uten å kunngjøre dette. Innklagede har på sin side anført at kjøpene ikke er ulovlig direkte anskaffet fordi tjenesten må anses å være omfattet av de kunngjorte kontraktene for avfallstømming i de ulike kontraktsområdene.
- (38) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskriften § 9-1 og § 18-1, jf. § 2-1 (2) jf. § 2-2 (1). Innklagede har opplyst at valgte leverandør har forestått brønntømming i kontraktsområde 1 for kroner 281 964 per år, og i område 2 for kroner 633 576 per år frem til forholdet opphører 31. august 2014. Kjøp i den størrelsesorden det her er tale om er kunngjøringspliktig i medhold av forskriften § 2-1, jf. også § 2-3 om beregning av anskaffelsens anslåtte verdi.
- (39) Klagenemnda forstår innklagede slik at når det gjelder kontraktsområde 3, anføres det at tømming av brønner også var omfattet av den kunngjorte kontrakten for dette området, og som etter det opplyste utløp 31. august 2013. Slik nemnda forstår det, har denne tjenesten blitt gjort til en del av kontrakten for kontraktsområde 3 da ordningen med bruk av avfallsbrønner ble innført i 2007. Klagenemnda har ikke holdepunkter for å konstatere at kontrakten for kontraktsområde 3 med dette ble vesentlig endret. Det er for øvrig nærliggende å anta at tilsvarende også ble gjort for kontraktsområdene 1 og 2.
- (40) Spørsmålet er da om innklagedes kjøp av tømming av brønner for område 1 og 2 representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (41) Innklagede har anført at kjøp av tømming av brønner må betraktes som en utvidelse av avtalene for kontraktsområde 1 og 2, eventuelt at tjenestene kan kjøpes som en utvidelse av avtalen for kontraktsområde 3.
- (42) Ut fra innklagdes anførsler kan spørsmålet om brønntømming kunne kjøpes av valgte leverandør, betraktes ut fra flere synsvinkler. I C-454/06 (pressetext) tok EU-domstolen stilling til om endringer i avtalen mellom partene måtte anses så vesentlige at en i realiteten stod overfor en ny kontrakt. Spørsmålet om et kjøp faller utenfor en kunngjort anskaffelse er behandlet i EU-domstolens avgjørelse i sak C-340/02 og sak C-423/07. Disse problemstillingene er også behandlet av klagenemnda i en rekke saker, for eksempel sak 2009/208, 2010/68 og 2009/232. Det kan være en flytende overgang mellom hvilken synsvinkel som er mest nærliggende å anlegge.
- (43) Det første spørsmålet nemnda må ta stilling til er om kontraktene for kontraktsområde 1 og 2, som ble kunngjort 23. august 2011, kunne endres til å omfatte tømming av brønner i disse områdene. I konkurransegrunnlaget for konkurransen for kontraktsområde 1 og 2 fremgikk det at "*Tømming av avfallsbrønner (Molok og lignende)*" ikke var omfattet av konkurransen. Grunnen som ble oppgitt var at innklagede selv driftet dette. Som svar på spørsmål om innklagede kunne garantere at valgte leverandør ikke ville få i oppgave å forestå brønntømmingen, svarte innklagede at man ville utføre denne tjenesten i egenregi, eventuelt at tjenesten ville bli utlyst i medhold av reglene om offentlige anskaffelser. Når

innklagede så klart har tilkjennegitt at brønntømming ikke var og heller ikke ville bli gjort til en del av de kunngjorte kontraktene for kontraktsområde 1 og 2, kan kontraktene som senere ble inngått for kontraktsområde 1 og 2, klarligvis ikke gi grunnlag for innklagedes kjøp av disse tjenestene.

- (44) Innklagede har også anført at tømming av brønner i kontraktsområde 1 og 2 må anses som en lovlig endring av kontrakten som gjaldt for kontraktsområde 3.
- (45) Innklagede har fremlagt konkurransegrunnlaget og den inngåtte kontrakten som gjaldt for kontraktsområde 3, Nittedal og Skedsmo. Det fremgikk at kontrakten gjaldt innsamling og transport av husholdningsavfall i Nittedal og Skedsmo kommuner.
- (46) Slik innklagede hadde organisert de ulike kontraktsområdene, gjaldt kontrakten for område 3 kun for dette området. Selv om dette ikke nødvendigvis utelukker at kontrakten kan utvides til også å omfatte tjenester utenfor dette kontraktsområdet, blir terskelen en annen enn hvor det er tale om endringer i det oppdraget som er kunngjort.
- (47) Innklagede har ikke opplyst hvor mye kontrakten for kontraktsområde 3 vil være utvidet ved innlemmingen av brønntømming for kontraktsområde 1 og 2. Det er imidlertid opplyst at pris for brønntømming i område 2 er kroner 633 576 eksklusive mva. i året og at pris for brønntømming i område 1 er kroner 281 964 eksklusive mva. i året frem til 31. august 2014. Til sammen utgjør dette kroner 915 540 eksklusive mva. i året for kontraktsområde 1 og 2. Hvor stor andel av kontraktsområde 3 tjenestene utgjør, er ikke opplyst. Men basert på den informasjonen som foreligger er det tale om en ikke ubetydelig andel.
- (48) Klagenemnda anser det imidlertid ikke sannsynlig at det er kontrakten for kontraktsområde 3, som utgjør grunnlaget for innklagedes kjøp av brønntømming for kontraktsområde 1 og 2.
- (49) Mye tyder tvert imot på at bakgrunnen for kjøpene av brønntømmingstjenestene er en annen enn innklagede har argumentert med. I avtalen benevnt prolongeringsavtale fremgår det at innklagede siden 2007 har kjøpt brønntømmingstjenester fra valgte leverandør. Bakgrunnen for prolongeringsavtalen er angitt å være at valgte leverandør hadde anskaffet utstyr med en forutsetning om at alle kontraktsområder skulle sees under ett, og at utførelsen av tjenesten skulle følge utløpet av siste kontraktsområde. Realiteten synes derfor å være at innklagede allerede i 2007 besluttet at valgte leverandør skulle forestå brønntømmingen, som på dette tidspunktet ble gjort til en del av kontraktene om innsamling og transport av husholdningsavfall for område 1 og 2. I sak 2011/209 er innklagede ilagt et overtredelsesgebyr for forlengelsen av kontrakten med valgte leverandør om innsamling og transport av husholdningsavfall for kontraktsområde 2 i perioden 1. september 2011 til 13. april 2012. Av sak 2011/209 fremgår at innklagede ble varslet om gebyret 8. mars 2012, og at innklagede ved e-post til sekretariatet av 19. april 2012 bekreftet at kontrakten med valgte leverandør opphørte 13. april 2012. Til tross for dette signerte innklagede og valgte leverandør den 24. og 26. april 2012 en prolongeringsavtale om tømming av brønner for kontraktsområde 2. Slik saken ligger an legger derfor nemnda til grunn til at innklagede, til tross for gebyret innklagede ble ilagt i sak 2011/209, har valgt å fortsette den ulovlige direkte anskaffelsen, for den delen av kontrakten som gjaldt brønntømming. At forholdet for kontraktsområde 1 skulle være et annet er det ikke grunnlag for å anta. Med det bakgrunnsbildet som sak 2011/209 danner,

er det også påfallende at innklagede i begrenset grad har forklart hvorfor og hvordan kjøpene er foretatt.

- (50) Innklagedes svar på forhåndsvarselet har ikke avkreftet dette. Tvert imot har innklagede argumentert med at man anså seg forpliktet til å kjøpe tjenesten fra valgte leverandør og at det tok lenger tid å anskaffe utstyr for å kunne utføre tjenesten i egenregi, samt at anskaffelsen av tjenesten for en periode fortonte seg som en legitim utvidelse av kontraktene. Dette gir ikke grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikten,
- (51) Det er ikke sannsynliggjort at de kunngjorte kontraktene for kontraktsområde 1, 2 og 3 gir grunnlag for innklagedes kjøp av brønntømmingstjenester for kontraktsområde 1 og 2. Anskaffelsen av brønntømmingstjenester er ikke kunngjort og utgjør derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet - loven § 7b første ledd

- (52) 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.
- (53) Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:

"Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt."

- (54) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke tvilsomt at kjøp av tømning av brønner i den størrelsesorden som er foretatt er kunngjøringspliktig. Innklagedes anførsler om at de påberopte kontraktene for de ulike kontraktsområdene skulle gi grunnlag for kjøp av brønntømmingstjenester er uten forankring i kontraktenes innhold. Slik saken er opplyst legges det til grunn at realiteten er at innklagede ytterligere har forlenget en kontrakt for kontraktsområde 2 med valgte leverandør, som innklagede i sak 2011/209 ble ilagt et overtredelsesgebyr for å forlenge. At dette stiller seg annerledes for kontraktsområde 1 er det ikke holdepunkter for. Også for tømning av avfallsbrønner foretar innklagede kjøp av tjenester fra valgte leverandør uten grunnlag i en kunngjort konkurranse. Innklagede har i begrenset grad forklart hvorfor og hvordan kjøpene er foretatt. Klagenemnda legger til grunn at innklagede forstod at forlengelsen av avtalene om å kjøpe brønntømmingstjenestene i område 1 og 2 fra valgte leverandør, var en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede valgte likevel å inngå prolongeringsavtalen. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har opptrådt "*forsettlig*" ved å kjøpe tømning av brønner også for kontraktsområde 1 og 2 uten kunngjøring i Doffin-databasen.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (55) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver "kan" ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, "*forsettlig eller grovt uaktsomt*" foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det skal legges vekt på "*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning*".
- (56) 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.
- (57) I en av de første gebyrsakene klagenemnda behandlet, sak 2007/90 premiss (52), uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å illegge 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."*
- (58) I dette tilfellet skulle innklagede kunngjort anskaffelsen da kjøp av tømning av brønner oversteg kunngjøringsgrensen på kroner 500 000. I tillegg foretar innklagede fortsatt kjøp av brønntømning fra valgte leverandør i medhold av kontrakten som innklagede i sak 2011/209 ble ilagt et overtredelsesgebyr for å forlenge. Innklagede har i begrenset grad forklart hvorfor og hvordan kjøpene er foretatt. Det vises også til vurderingen av skyldkravet. Klagenemnda finner etter dette at det bør ilegges gebyr i saken.
- (59) Klagenemnda har for øvrig forståelse for at innklagede opplever det uheldig at saksbehandlingstiden er så lang. En saksbehandlingstid som i denne saken er likevel ikke spesielt lang for denne typen saker, og lang saksbehandlingstid er ikke i andre saker brukt som et moment mot illeggelse av gebyr. Klagenemnda finner heller ikke å kunne vektlegge dette i foreliggende sak. Klagenemnda finner etter dette at det bør ilegges gebyr i saken.

Gebyrets størrelse

- (60) Klagers anførsel er begrunnet i innklagedes kjøp av brønntømning fra valgte leverandør. Slik saken er opplyst er det innklagedes kjøp av disse tjenestene fra valgte leverandør, etter at kontraktene for kontraktsområde 1 og 2 utløp henholdsvis 31. august og 16. april 2012, som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede har opplyst at valgte leverandørs tømning av brønner i kontraktsområde 1 og 2 vil avsluttes 31. august 2014. Det er altså fram til dette tidspunktet gebyr skal ilegges.
- (61) For område 1 vil den ulovlige direkte anskaffelsen gjelde tidspunktet fra 1. september 2012 til 31. august 2014, og for område 2 vil dette gjelde tidspunktet fra 16. april 2012

til 31. august 2014. Ut fra de beløp som er oppgitt, jf. premiss 16, vil det kjøpes tømning av brønner for til sammen kroner 2 092 750 eksklusive mva. i de to områdene.

- (62) 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.
- (63) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. Slik saken er opplyst må nemnda legge til grunn at innklagede i realiteten ytterligere har forlenget avtalen som innklagede i sak 2011/209 ble ilagt et overtredelsesgebyr på kroner 600 000 for å forlenge, for den delen av avtalen som gjelder brønntømning. I sak 2012/60 som er behandlet parallelt med foreliggende sak, ilegges et gebyr for ulovlig direkte anskaffelse av tømning langs vanskelige veier. Nemnda legger i den saken til grunn at innklagede har kjøpt tjenester om tømning langs vanskelige veier fra valgte leverandør for beløp som langt overskrider terskelverdien, uten å kunngjøre anskaffelsen. Dette må tillegges betydelig vekt. Med det bakgrunnsbildet som sak 2011/209 danner, er det også påfallende at innklagede i begrenset grad har forklart hvorfor og hvordan kjøpene er foretatt. I foreliggende sak er det en klar overtredelse av kunngjøringsplikten, overtredelsen er forsettlig, det foreligger ikke formildende omstendigheter, og preventive hensyn taler for at gebyret settes høyt.
- (64) Før forhåndsvarselet fant nemnda at gebyret kunne settes til 15 % av anskaffelsens verdi. Det utgjorde kroner 249 840. Etter forhåndsvarselet opprettholder nemnda sin vurdering om at gebyret passende settes til 15 % av anskaffelsens verdi. Basert på opplysninger i kommentar til forhåndsvarselet om pris som betales for brønntømningstjenester utgjør dette kroner 313 912.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

”Romerike Avfallsforedling IKS ilegges et overtredelsesgebyr på 313 912.

- trehundreogtrententusennihundreogtolv - 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, 17. februar 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn