



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemnda ila Askøy kommune et gebyr på 150 000 kroner. Kommunen ble i sak 2009/246 ilagt et gebyr på 50 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester, ved å unnlate å si opp sin avtale med medkontrahenten BIR Bedrift AS. Etter klagenemndas gebyrvedtak gikk det nesten to år før avtalen ble oppsagt og en ny leverandør overtok oppdraget. Klagenemnda fant at unnlatt oppsigelse av avtalen i denne perioden utgjorde nye fortløpende ulovlige direkte anskaffelser, og at innklagede i dette henseende hadde utvist grov uaktsomhet. Dette er begrunnelsen for at det ble ilagt et overtredelsesgebyr på 9 % av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 10. mars 2014 i sak 2012/140

Klager: Demokratene Askøy

Innklaget: Askøy kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Demokratene Askøy (heretter klager) datert 28. mai 2012. Saken gjelder videreføring av kontrakt mellom Askøy kommune (heretter innklagede) og BIR Bedrift AS etter klagenemndas gebyrvedtak av 22. februar 2011, i sak 2009/246, for anskaffelse av renovasjonstjenester knyttet til håndteringen av næringsavfall i kommunen.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 150 000 kroner for ny ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester fra BIR Bedrift AS. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) I klagenemndas avgjørelse i sak 2009/246 av 22. februar 2011, ble Askøy kommune (heretter kalt innklagede) ilagt et overtredelsesgebyr på kroner 50 000 for ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester. I saken ble det konstatert at innklagede hadde inngått avtale med BIR Bedrift AS om håndtering av næringsavfall i kommunen, uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda fant at innklagede hadde plikt til å si opp denne løpende avtalen. Når innklagede hadde unnlatt slik oppsigelse, representerte dette en ulovlig direkte anskaffelse.
- (4) BIR AS er et interkommunalt konsern eiet av kommunene Bergen, Askøy, Os, Osterøy, Sund, Vaksdal, Fusa, Samnanger og Kvam. Da gebyrsaken mot Askøy kommune var avgjort, ble de øvrige eierkommunene i BIR den 23. februar 2011 klaget inn til

klagenemnda for tilsvarende ulovlige direkte anskaffelser av renovasjonstjenester fra BIR Bedrift AS, et datterselskap under BIR AS.

- (5) Etter klagenemndas gebyrvedtak i sak 2009/246, tok innklagede kontakt med BIR og de andre eierkommunene i BIR for å drøfte en felles konkurranseutsetting av næringsavfallet. Innklagede opplyser at de øvrige eierkommunene ønsket å utsette ny konkurranseutsetting til det i større grad forelå en avklaring av deres individuelle rettsposisjon.
- (6) I mellomtiden ble det gjort forberedelser til en ny, felles konkurranseutsetting. Innklagede deltok i eiermøtet i BIR 11. mars 2011, der det blant annet ble fattet vedtak om å opprette en arbeidsgruppe med oppdrag å utarbeide konkurransegrunnlag mv. for innkjøp av tjenester til innsamling, transport og behandling av næringsavfallet på vegne av kommunene. Konkurransegrunnlaget ble utarbeidet av BIR våren 2011. På initiativ fra BIR ble det samtidig engasjert advokat til å gjennomføre selve konkurransen.
- (7) Bergen kommune valgte å si opp sin kontrakt med BIR Bedrift AS den 27. april 2011, og kunngjorde på egen hånd en ny konkurranse om håndtering av næringsavfall. Oppdraget hadde oppstart 1. mars 2012.
- (8) Når det gjelder de øvrige eierkommunene, har innklagede forklart at det forelå et utkast til konkurransegrunnlag i mai/juni 2011, og at det ble forutsatt at konkurransen kunne gjennomføres høsten 2011. Kunngjøring ble i følge innklagede utsatt på grunn av flere avklaringsbehov.
- (9) Konkurranse om håndtering av næringsavfall ble først kunngjort 18. januar 2012, på vegne av kommunene Askøy, Sund, Os, Fusa, Kvam, Samnanger, Vaksdal og Osterøy i fellesskap. Fristen for å inngi tilbud var angitt til 5. mars 2012. Denne konkurransen ble avlyst i slutten av februar. Bakgrunnen for avlysningen var at konkurransen var kunngjort med den forutsetning at kommunene ville tildele BIR Avfallsenergi AS enerett til sluttbehandling av brennbart restavfall etter forskriften § 1-3 (2) bokstav h. Etter kunngjøringen, traff Bergen kommune et vedtak som medførte at forutsetningen om enerett falt bort eller ble utsatt. Kommunene fant derfor at dette måtte inkluderes i konkurransen, slik at konkurransegrunnlaget måtte endres.
- (10) Ny konkurranse med endret konkurransegrunnlag ble igangsatt med tilbudsfrist angitt til 15. mai 2012. Det ble levert to tilbud i denne konkurransen, fra henholdsvis Ragn-Sells AS og BIR Bedrift AS. Begge tilbudene ble avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav f, blant annet fordi tilbudene var ufullstendige med hensyn til dokumentasjon på egnede biler.
- (11) De øvrige eierkommunene i BIR-konsernet ble ved klagenemndas gebyrvedtak av 16. mai 2012, i sakene 2011/58 til 2011/65, ilagt gebyr for tilsvarende ulovlige direkte anskaffelser som Askøy kommune var ilagt gebyr for i sak 2009/246.
- (12) Konkurranse ble på nytt kunngjort den 29. august 2012 med tilbudsfrist angitt til 12. oktober 2012. Det ble levert to tilbud i denne konkurransen, fra henholdsvis BIR Bedrift AS og Ragn-Sells AS.

- (13) I brev av 1. november 2012 ble det meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Ragn-Sells AS. Kontrakt ble inngått 5. desember 2012, og Ragn-Sells AS overtok oppdraget om å håndtere næringsavfall for Askøy kommune den 2. januar 2013.
- (14) Demokratene Askøy (heretter klager), brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 28. mai 2012. I klagen anmodet klager prinsipalt om gjenopptakelse av klagenemndas sak 2009/246, fordi klagenemnda på avgjørelsestidspunktet ikke hadde hatt tilgang til faktiske opplysninger i saken, som klager hevdet burde skjerpe gebyrsatsen i vedtaket. Klagenemnda besluttet å avslå anmodningen om gjenopptakelse ved brev av 14. november 2012. Subsidiært anførte klager at innklagede i tiden etter klagenemndas gebyrvedtak hadde begått en ny ulovlig direkte anskaffelse i strid med regelverket. Det er dette spørsmålet som behandles i foreliggende sak.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. februar 2014.
- (16) Ved brev av 18. februar 2014 ble innklagede sendt forhåndsvarsel om ileggelse av gebyr. Klagenemndas varsel var basert på at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser i perioden fra ileggelse av gebyr i sak 2009/246 den 22. februar 2011, og inntil ny kontrakt ble iverksatt 2. januar 2013, ved at innklagede i strid med oppsigelsesplikten, og grovt uaktsomt, hadde fortsatt å suksessivt foreta ulovlige direkte anskaffelser frem til den nye kontrakten ble virksom.
- (17) Innklagede har i brev av 24. februar 2014 kommentert forhåndsvarselet og har bestridt at det foreligger rettslig grunnlag for gebyret. Innklagedes kommentarer til forhåndsvarselet er inntatt under innklagedes anførsler.
- (18) Saken er etter dette ferdigbehandlet i nemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i strid med regelverket ved å bruke unødvendig lang tid på å sørge for opphør av den ulovlige direkte anskaffelsen som ble fastslått ved klagenemndas gebyrvedtak 22. februar 2011 i sak 2009/246, og få på plass ny kontrakt etter kunngjort anskaffelse i samsvar med regelverket.
- (20) Ny konkurranse om håndtering av næringsavfall ble ikke kunngjort før 18. januar 2012, og ny kontraktspart overtok ikke oppdraget før 2. januar 2013. Innklagede mottok forhåndsvarsel om overtredelsesgebyr i sak 2009/246 den 13. januar 2011 og har hatt rikelig med tid til å bringe den ulovlige direkte anskaffelsen til opphør. Dette støttes av at Bergen kommune, som er vesentlig større og mer kompleks enn Askøy, inngikk kontrakt under ett år etter at den ulovlige avtalen ble oppsagt. Innklagede kan i den forbindelse ikke legitimt forsvare tidsbruken med et ønske om samordning med de øvrige eierkommunene av BIR, ettersom det burde være av større prioritet å gå ut av det ulovlige avtaleforholdet. Innklagede kunne spart rundt 10 % årlig ved å gjennomføre konkurranse om oppdraget, og det faktum at BIR Bedrift AS ikke nådde frem i konkurransen viser at innklagede tjente på konkurranseutsettelsen. Klagenemnda uttalte i saken 2009/246 premiss (45) at 4 måneder var tilstrekkelig tid til å gjennomføre konkurransen.

- (21) Dersom det skal ilegges et nytt overtredelsesgebyr, må gebyret beregnes ut fra tjenester utført etter desember 2010, som var sluttidspunktet for utregningen av forrige gebyr, jf. premiss (47) i sak 2009/246.

Innklagedes anførsler:

- (22) Tiden det tar å gjennomføre en konkurranse er ofte usikker, og klagen bør avvises, ettersom det ikke kan være hensiktsmessig for klagenemnda å åpne for behandling av saker som den foreliggende.
- (23) Det bestrides at det er grunnlag for å ilegge innklagede et nytt overtredelsesgebyr med bakgrunn i at den ulovlige direkte anskaffelsen som ble gebyrlagt av klagenemnda i sak 2009/246 ikke opphørte før desember 2012. Innklagede var nødt til å fortsette den etablerte ordningen med BIR Bedrift AS i perioden frem til ny anbudsrunde var gjennomført, fordi næringsavfallet måtte håndteres fortløpende. Kunngjøringen av ny konkurranse har tatt tid, men dette skyldes en rekke forsvarlige beslutninger og uforutsette hendelser.
- (24) Umiddelbart etter mottatt gebyrvedtak fra klagenemnda, begynte innklagede arbeidet med å kunngjøre ny konkurranse om næringsavfall. Innklagede anså det som hensiktsmessig at eierkommunene gjennomførte denne konkurransen i fellesskap, fordi det er mye å spare ved at tilbyderne får anledning til å planlegge innsamlingsruter som strekker seg gjennom flere kommuner ved utformingen av sine tilbud. I kommunene utenfor Bergen er næringsavfallet spredt over store avstander, noe som gjorde koordineringen mellom disse kommunene mer hensiktsmessig enn for Bergen kommune. For å sikre effektiv ressursbruk og best mulig innkjøp ved den nye anskaffelsen jf. forskriften § 1-1, valgte derfor innklagede å avvente de andre kommunenes saksbehandling og avklaringsbehov før konkurransen ble gjennomført. Innklagede fikk våren 2011 klart inntrykk av at disse avklaringene ville skje relativt raskt. Konkurransen ble imidlertid utsatt grunnet flere ulike avklaringsbehov. Dette gjaldt løpende administrative vurderinger som man forventet å få raskt svar på, og innklagede oppfattet ikke på noe tidspunkt at det var tale om en utsettelse på et halvt år. Innklagede hadde derfor ikke oppfordring til å vurdere å trekke seg fra fellesprosjektet. Når konkurransen først ble utlyst i januar 2012, skjedde det uforutsette hendelser som gjorde at konkurransen måtte utlyses på nytt to ganger.
- (25) Innklagede kan med dette ikke klandres for at prosessen med kunngjøring av ny konkurranse og påfølgende avtale med ny kontraktspart ble forsinket. Et eventuelt gebyr må rimeligvis utregnes av de perioder som klagenemnda ser som klanderverdige.
- (26) Etter mottak av forhåndsvarselet fra klagenemnda om illeggelse av gebyr har innklagede i brev av 24. februar 2014 for det første påstått at varselet mangler rettslig grunnlag. Dette er begrunnet med at det varslede overtredelsesgebyret må anses som en ulovlig endring og omgjøring av vedtaket i sak 2009/246. Innklagede mener at grunnlaget for skyldkravet er den samme handling som begrunnet overtredelsesgebyret i sak 2009/246. Det vises også til at det i sak 2009/246 ikke ble tatt forbehold om at utmåling av tilleggsgebyr ville kunne omfatte perioden frem til avtalen med BIR Bedrift AS ble oppsagt, og at det ikke foreligger rettslig grunnlag for omgjøring av det tidligere vedtaket om å ilegge overtredelsesgebyr.
- (27) I sine kommentarer til forhåndsvarselet, har innklagede videre anført at et selvstendig nytt vedtak må bygge på en vurdering som er annerledes enn den som begrunnet vedtaket i

den tidligere sak 2009/246, og herunder at skyldvurderingen må bero direkte på om tidsbruken fra det tidligere gebyrvedtaket inntil oppsigelse innebærer en grovt uaktsom overtredelse av regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og hvorvidt det skal ilegges gebyr for dette. 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.

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (29) Den 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.
- (30) De nye reglene gjelder 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. 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 den lød før 1. juli 2012.
- (31) Klagen gjelder en anskaffelse om håndtering av næringsavfall som innklagede senest i 2005 tildelte BIR Bedrift AS uten forutgående kunngjøring. Ettersom kontrakten ble inngått før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (32) Av klagenemndsforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. 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 klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (33) I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 1. juni 2012. Avtalen mellom innklagede og BIR Bedrift AS om håndtering av næringsavfall ble inngått senest i 2005. Klagenemnda konstaterte i sak 2009/246 at innklagedes manglende oppsigelse av denne løpende avtalen med BIR Bedrift AS utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klage på anskaffelsen er dermed i utgangspunktet foreldet og allerede avgjort av klagenemnda.
- (34) Klagen gjelder imidlertid nærmere bestemt anførselen om at innklagede har brukt for lang tid på å utlyse og gjennomføre ny konkurranse om behandling av næringsavfall etter klagenemndas gebyrvedtak den 22. februar 2011 i sak 2009/246, og at det er dette som må anses som en ulovlig direkte anskaffelse. For dette spørsmålet er klagen rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (35) 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"* jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2 og forskriften §§ 9-1 og 18-2.
- (36) Det ble som nevnt ovenfor, ved klagenemndas gebyrvedtak av 22. februar 2011 i sak 2009/246, fastslått at manglende oppsigelse av innklagedes løpende avtale med BIR Bedrift AS om renovasjonstjenester for næringsavfall representerte en ulovlig direkte anskaffelse. Dette ble begrunnet med at det ikke forelå lovlige unntak fra kunngjøringsplikten, og at *"av denne grunn må innklagede anses å ha hatt en rettslig forpliktelse på ethvert tidspunkt til å si opp avtalen med BIR Bedrift AS"*, jf. sakens premiss (40). For dette ble innklagede ilagt gebyr for perioden mars 2010 til og med desember 2010, jf. sakens premiss (47). Basert på den fortløpende oppsigelsesplikten til innklagede, som konstatert i klagenemndas gebyrvedtak av 22. februar 2011, mener klager at innklagede ved å bruke nærmere to år på å få på plass ny kunngjort kontrakt, har begått en ny ulovlig direkte anskaffelse. Det er altså dette spørsmål som er gjenstand for behandling i foreliggende sak.
- (37) BIR Bedrift AS fortsatte å levere tjenesten til innklagede inntil ny kontraktspart overtok oppdraget den 2. januar 2013. Klagenemnda kan ikke se at det foreligger aktuelle unntak for kunngjøringsplikt i denne perioden. Alle tjenesteytelsene som ble foretatt i medhold av den ulovlig inngåtte avtalen med BIR Bedrift AS, utgjør i så måte nye suksessive ulovlige direkte anskaffelser av samme art som fastslått i sak 2009/246, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/144 premiss (37). Den ulovlige direkte anskaffelsen opphørte dermed ikke før ny kontraktspart overtok oppdraget den 2. januar 2013, jf. også tilsvarende betraktninger i sak 2011/59 premiss (183) og sak 2011/220 premiss (68).
- (38) Når det gjelder innklagedes påstand i kommentarene til forhåndsvarselet, om at gebyr i nærværende sak utgjør en ulovlig endring og omgjøring av vedtaket i sak 2009/246, vises det til klagenemndas brev av 14. november 2012, hvor det ble avslått å omgjøre eller endre vedtaket fattet i sak 2009/246, og til at det som er gjenstand for en vurdering i foreliggende sak er de faktiske forhold som har funnet sted etter vedtaket i sak 2009/246. Disse forhold har altså ikke tidligere vært gjenstand for klagenemndas vurdering.
- (39) Innklagedes fortsatte unnlatelse av å si opp avtalen med BIR Bedrift AS utgjør således nye suksessive ulovlige direkte anskaffelser i perioden 23. februar 2011 til 2. januar 2013. Dette følger av den fortløpende plikten til å si opp avtalen, som også ble konstatert i klagenemndas gebyrvedtak i sak 2009/246.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (40) Etter loven § 7b første ledd er det et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*.
- (41) 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."

- (42) I klagenemndas gebyrvedtak i sak 2009/246, ble det ansett grovt uaktsomt av innklagede å ikke si opp avtalen med BIR bedrift AS fra og med 4 måneder etter at klage på anskaffelsen var brakt inn for klagenemnda, jf. avgjørelsens premiss (42), i nevnte sak. Nemndas oppfatning om at det var grovt uaktsomt av innklagede ikke å si opp avtalen, står fast også etter klagenemndas gebyrvedtak.. Når innklagede har brukt nærmere to år etter gebyrvedtaket på å få på plass en ny kontrakt etter kunngjort konkurranse, er dette etter nemndas syn altfor lang tid. Når nemnda så vurderer de forhold som innklagede har forklart denne lange tidsbruken med, blir konklusjonen at innklagedes lange tidsbruk må anses grovt uaktsom. Selv om det nok er enkelte av hendelsene som isolert sett ikke kan bebreides innklagede, må disse, når de ses samlet og ut fra den tidsbruken innklagede totalt har brukt, føre til at det må anses grovt uaktsomt av innklagede å ikke få på plass en ny kunngjort kontrakt raskere. Skyldkravet er dermed oppfylt, hvilket også drøftelsene i det følgende underbygger.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (43) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver "kan" ilegges overtredelsesgebyr dersom innklagede, eller noen som handler på dennes vegne, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og skyldkravet i loven er oppfylt. Ved vurderingen av hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr *"skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning."*
- (44) I Ot.prp.nr.62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/305 premiss (37) med videre henvisninger. I saken ble det videre vist til klagenemndas sak 2007/90 premiss 52 hvor det ble lagt til grunn følgende:

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

- (45) Klagenemnda fastslo ved klagenemndas gebyrvedtak 22. februar 2011 at det fra og med mars 2010 var grovt uaktsomt av innklagede å unnlate opphør av den ulovlige direkte anskaffelsen. Etter at avgjørelsen var gjort kjent, hadde innklagede en desto større oppfordring til så snart som mulig å kunngjøre og gjennomføre en ny konkurranse om kontrakten. Når det gikk nesten to år fra klagenemndas gebyrvedtak til ny kontraktspart overtok oppdraget, taler dette med styrke for at det skal ilegges et nytt overtredelsesgebyr.

- (46) Det er nok så at innklagede ikke kan holdes ansvarlig for alle de forhold som har begrunnet den lange tid som er gått. Nemnda mener likevel at det er fullt mulig å få på plass den type kontrakt som det er tale om, langt raskere enn her, hvor det tok nærmere to år. Det vises for eksempel til at Bergen kommune fikk sin kontrakt på plass på vesentlig kortere tid. Innklagede har etter nemndas syn heller ikke på noen god måte godtgjort at det var nødvendig å bruke så lang tid på avklaringer med de andre kommunene, som innklagede valgte å gjøre. Det må videre anses for å være innklagedes eget valg at prosessen for å få på plass ny kontrakt etter kunngjort konkurranse, først startet etter at klagenemnda endelig hadde ilagt overtredelsesgebyr i sak 2009/246. Som konstatert i den saken, måtte det anses grovt uaktsomt av innklagede å unnlate å sørge for dette allerede fra og med 4 måneder etter at klage på denne anskaffelsen ble brakt inn for klagenemnda. Nemnda er etter dette kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr for de nye suksessive ulovlige direkte anskaffelsene innklagede har foretatt. Dette er særlig basert på preventive hensyn.

Gebyrets størrelse

- (47) Ved utmålingen av gebyret skal det, som ved 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. Oppstillingen 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.
- (48) I sak 2009/246 ble innklagede ilagt gebyr for perioden mars 2010 til desember 2010 i vedtak av 22. februar 2011. I foreliggende sak regnes gebyret fra og med 23. februar 2011. Siden foreliggende kontrakt best kan kategoriseres som en tidsubestemt tjenestekontrakt, er det beregningsregelen i forskriften § 2-3 (10) som bestemmer hvordan kontraktens verdi skal beregnes. Av denne følger det at *"beregningsgrunnlaget [skal] være den månedlige rate multiplisert med 48"*. I dette tilfellet ser imidlertid nemnda at den totale kontraktsperioden er langt under 48 måneder, og nemnda velger derfor å begrense gebyrgrunnlaget til det totale antallet måneder kontrakten faktisk har vært virksom siden 23. februar 2011. Dette er slik nemnda også gjorde det i de øvrige BIR-sakene, 2011/58 til 2011/65 (jf. her for eksempel sak 2011/59 premiss (181), (218) og (220)) og videre også i sakene 2012/53, 2012/60, 2012/61. Årsaken til at innklagede i sak 2009/246 ikke ble ilagt gebyr frem til forventet tidspunkt for når ny kontrakt ble satt i verk, synes å være det faktum at klager i saken kun anførte at gebyr skulle ilegges for allerede foretatte betalinger. I foreliggende sak opphørte kontrakten 2. januar 2013, og det ilegges på denne bakgrunn gebyr for 22 måneder.
- (49) Innklagede har, til tross for gjentatte oppfordringer og senest i klagenemndas forhåndsvarsel, ikke opplyst direkte hva som er betalt for tjenestene i denne perioden. Klagenemnda legger derfor, som i forhåndsvarselet, til grunn de samme månedlige gjennomsnittskostnader som ble lagt til grunn for gebyret i sak 2009/246. Her ble det lagt til grunn at BIR Bedrift AS til sammen var betalt kroner 789 362 i gjennomsnitt over 10 måneder. I foreliggende sak skal gebyret beregnes ut fra et tidsrom på 22 måneder. Med utgangspunkt i gjennomsnittskostnaden som ble lagt til grunn i sak 2009/246, utgjør beløpet for beregningen av gebyret kroner 1 736 596.
- (50) Når det gjelder gebyrets størrelse i foreliggende sak, vises det til de vurderinger som er gjort om skyldkravet og spørsmålet om gebyr skal ilegges. I klagenemndas sak 2009/120

premiss (36) uttalte nemnda at *"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"*. Når det gjelder de formildende omstendigheter ved at tidsbruken til dels gjaldt forhold innklagede ikke fullt ut kan anses ansvarlig for, jf. premiss (46), har klagenemnda etter en fornyet vurdering kommet til at dette må innebære en reduksjon av gebyrsatsen sammenlignet med det som ble lagt til grunn i forhåndsvarselet av 18. februar 2014.

- (51) I sak 2009/246 ble innklagede ilagt gebyr på 6,3 % av anskaffelsens verdi. Begrunnelsen for denne lave gebyrsatsen, var blant annet at unnlatt oppsigelse delvis ble ansett for å skyldes manglende oversikt og oppmerksomhet om at avtaleforholdet kunne være problematisk. I foreliggende sak stiller dette seg annerledes, ettersom innklagede etter vedtaket i sak 2009/246 var vel vitende om at avtalen med BIR Bedrift AS var en ulovlig direkte anskaffelse, og at det forelå en fortløpende plikt til å si opp avtalen. Preventive hensyn taler derfor for at gebyret settes relativt høyt. I tillegg er verdien av anskaffelsen ikke ubetydelig.
- (52) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 9 % prosent av anskaffelsens verdi. Ut fra verdien på kroner 1 736 596 avrundes gebyret til kroner 150 000.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

"Askøy kommune ilegges et overtredelsesgebyr stort kroner 150 000

-Etthundreogfemtitusen - 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, 10. mars 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber Mohn