



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: 17.11.2015 17. november 2015 i Oslo tingrett,

Saksnr.: 14-168259TVI-OTIR/01

Dommer: Tingrettsdommer Elisabeth Jordan Ramstad

Saken gjelder: Søksmål etter vedtak om gebyr for ulovlig direkte anskaffelse

Romerike Avfallsforedling Iks

Advokat Rune Nordengen

mot

Staten v/Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokat Pål Magne Bakka

DOM

Saken gjelder gyldigheten av KOFA's vedtak av 23. april 2012 om overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser § 7 b (nå opphevet)

Sakens bakgrunn

Romerike Avfallsforedling IKS, heretter kalt ROAF, er et interkommunalt selskap eid av kommunene Enebakk, Fet, Gjerdrum, Lørenskog, Nittedal, Rælingen, Skedsmo og Sørumsdal. Selskapet kunngjorde 10. desember 2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av renovasjonstjenester i flere kommuner som var samlet gruppevis i ulike kontraktsområder. Denne saken gjelder kontraktsområdet kommunene Enebakk, Lørenskog og Rælingen.

I kunngjøringen var det oppgitt at kontrakten skulle ha startdato 1. september 2004 og sluttdato 31. august 2009. Det var også angitt opsjoner på forlengelse med ett pluss ett år. RenoNorge AS (som skiftet navn til RenoNorden AS 5. november 2008, heretter kalt "Reno Norden") vant anbudskonkurransen, og kontrakt mellom ROAF og Reno Norden ble inngått. ROAF valgte å benytte seg av opsjonen på forlengelse i til sammen to år, slik at kontrakten med Reno Norden løp fram til og med 31.08.2011.

ROAF kunngjorde en ny anbudskonkurranse for innsamling og transport av husholdningsavfall i det samme kontraktsområdet den 19. april 2011. Av konkurransegrunnlaget datert 15. april 2011 fremgikk at kontrakten skulle ha oppstart 1. september 2011 og opphør 31. august 2013, med opsjon på forlengelse i inntil 12 måneder. Norsk Gjenvinning AS ble innstilt som vinner av konkurransen for dette kontraktsområdet. Etter at innstillingen var skjedd oppdaget imidlertid ROAF at det var en feil i en formel i et regneark i konkurransegrunnlaget. Feilen bestod i at det var angitt feil tømmehyppighet på ett av underpunktene i leveransen. Dette ble vurdert å skape usikkerhet om hvordan tilbyderne hadde beregnet sin tilbudspris og på hvilket grunnlag, og det ville ikke være mulig å foreta avklaring uten å komme i strid med forhandlingsforbudet som gjelder for offentlige anskaffelser. Konkurransen ble derfor avlyst og brev ble sendt til tilbyderne 27. juni 2011 med orientering om avlysningen. Det fremgikk videre av brevet at ROAF hadde konstatert hva feilen var og at de i august ville kunngjøre ny konkurranse for samme anskaffelse, hvor feilen var rettet opp.

Ved e-post 24. juni 2011 ba ROAF Reno Norden «om at renovasjonskontrakten for kommunene Enebakk, Rælingen og Lørenskog forlenges fram til og med fredag 13. april 2012». Videre fremgikk at ROAF «forutsetter at dagens priser, og med indeksregulering fastsatt i kontrakten, fortsatt gjelder». Dette ble akseptert av Reno Norden. Avtalens verdi er angitt til NOK 8 553 578. Det er denne forlengelsen som er sakens tvistetema.

ROAF kunngjorde for øvrig en ny konkurranse vedrørende innsamling og transport av husholdningsavfall i de aktuelle kommunene den 23. august 2011, og inngikk på bakgrunn av konkurransen kontrakt med Reno Norden i januar 2012. Kontrakten skulle ha oppstart 16. april 2012 og opphør 31. august 2013, med opsjon på forlengelse i inntil tolv måneder.

Forlengelsen av kontrakten med Reno Norden ble innklaget til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) av en av tilbyderne, Bentzen Transport AS. KOFA avgjorde saken 23. april 2012 med et vedtak der Romerike Avfallsforedling IKS ble ilagt et overtredelsesgebyr på 600 000 - sekshundretusen – kroner.

I tillegg til det spørsmål denne saken gjelder, gjaldt saken for KOFA også hvorvidt kontrakten med Reno Norden kunne forlenges i kraft av opsjonene. I den forbindelse hadde ROAF opplyst til KOFA, og KOFA lagt til grunn, at opsjonene ikke var blitt kunngjort. Det er dokumentert for tingretten at dette ikke er korrekt. KOFA la allikevel til grunn at forlengelsene i kraft av opsjonene var en del av kontraktene og innebar ikke en vesentlig endring av kontrakten og derved ikke brudd på anskaffelsesreglene.

ROAF har betalt gebyret men tok ut stevning for Oslo tingrett 17. oktober 2014 med påstand om at KOFAs vedtak kjennes ugyldig og at gebyret betales tilbake. Staten v/KOFA har tatt til motmæle i tilsvaret av 26. november 2014. Hovedforhandling ble avholdt 2. og 3. november 2014. Partsrepresentantene møtte med sine respektive prosessfullmektiger. Det ble avgitt en partsforklaring og en vitneforklaring og for øvrig foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

Saksøkeren, Romerike Avfallsforedling IKS, har i det vesentlige anført:

Det var ikke grunnlag for å ilegge ROAF gebyr etter lov om offentlige anskaffelser § 7b, annet ledd.

Det var anledning til å forlenge den opprinnelige avtalen uten å kunngjøre denne. Det var ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Rettslig grunnlag for dette er rettspraksis, nærmere bestemt EU domstolens sak C-454/06 ("Pressetext"), som gir adgang til å gjøre mindre justeringer i kontrakten, så lenge det ikke er snakk om vesentlige endringer.

Det er særlig tungtveiende at forlengelsen skyldes en uforutsett situasjon og endringsadgangen er da større enn ellers. ROAF hadde heller ikke til hensikt å omgå regelverket. KOFA har lagt til grunn at opsjonene på ett pluss ett år i kontrakten fra 2004 ikke var kunngjort. Dette er ikke riktig. De var kunngjort. Den aktuelle forlengelsen var derfor den eneste forlengelsen som ikke var kunngjort og utgjør ingen vesentlig endring av kontrakten. Dette grunnlaget er ikke vurdert av KOFA.

Når anbudskonkurransen måtte avlyses og forlengelse var nødvendig, var det nødvendig å utsette oppstart av ny kontrakt til over påske 2012. Ny konkurranse ble ikke utlyst før august 2011 fordi det var fellesferie rett etter at konkurransen ble avlyst og man måtte vente til denne var slutt. Det er videre forbundet med vanskeligheter å starte opp med ny leverandør i vintermånedene med snø og is som gir vanskelig tilgjengelighet. Julen er også en kritisk fase med ny leverandør, og tilsvarende med påsken. Det var derfor vurdert som svært forretningsmessig uhensiktsmessig å starte opp den nye kontrakten før 16. april 2012.

Dersom man skulle brukt hasteprosedyren i forskrift om offentlige anskaffelser § 19-5, er det urealistisk å tro at man ville klart å gjennomføre en ny konkurranse på så kort tid at man unngikk å forlenge kontrakten. ROAF ville altså uansett måtte forlenget den eksisterende kontrakten.

Subsidiært anføres at skyldkravet i lov om offentlige anskaffelser § 7 b ikke er oppfylt. ROAF har ikke opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig i prosessen.

ROAF pliktet å avlyse konkurransen. ROAF har samtidig en lovfestet plikt til å samle husholdningsavfall, jf forurensningsloven § 30. Unnlatelse av å samle inn husholdningsavfall vil ha store samfunnsmessige konsekvenser og ROAF hadde ikke noe annet handlingsalternativ enn å forlenge kontrakten.

ROAF oppfyller således heller ikke skyldkravet fordi de befant seg i en nødrettssituasjon. Et gebyr virker som en straff og det må innfortolkes en generell rettsstridsreservasjon i lov om offentlige anskaffelser. Nødrett gjør handlingen rettmessig og fritar for andre sanksjoner.

Atter subsidiært anføres at gebyr ikke *bør* ilegges. ROAF gjennomførte konkurransen og intensjonen var å følge reglene. Avlysningen var ikke begrunnet i et ønske om å omgå regelverket, men le btvert i mot gjort for å sikre reell konkurranse. Gebyr vil ikke ha noen preventiv effekt i dette tilfellet. Gebyr bør derfor ikke ilegges.

Det ilagte gebyr er uansett for høyt.

Romerike Avfallsforedling IKS, har nedlagt slik påstand:

1. Vedtak fattet av Klagenemnda for offentlige anskaffelser i sak 2011/209 kjennes ugyldig
2. Staten ved Klagenemnda for offentlige anskaffelser erstatter Romerike Avfallsforedling AS innbetalte gebyr.

3. Staten v/ Klagenemnda for offentlige anskaffelser dømmes til å betale sakens omkostninger

Saksøkte, Staten v/Klagenemnda for offentlige anskaffelser, har i det vesentlige anført:

ROAF gjorde en ulovlig direkteanskaffelse ved beslutningen av 24. april 2011 om å forlenge eksisterende renovasjonskontrakt fra utløp 1.9.11 til 13.4.12.

Anskaffelsen er ikke kunngjort etter reglene om offentlige anskaffelser. Forlengelsen representerte et kontraktsbeløp på mange ganger terskelverdi, og hovedregelen er at dette skulle vært kunngjort.

Det foreligger ikke grunnlag for å gjøre unntak fra kunngjøringsplikten. EU domstolens sak C-454 06 ("Presettext") er ikke relevant her og kommer ikke til anvendelse. Uansett ville dette grunnlaget ikke gitt hjemmel for en forlengelse av så lang varighet som her.

ROAF hadde ikke behov for en forlengelse på 7,5 måneder. ROAF hadde plikt til å ta grep i den uheldige situasjonen de var i og kunne spart inn mye tid ved å bruke hasteprosedyren i forskrift om offentlige anskaffelser § 14-5 l, samt avsette mindre tid til evaluering og mobilisering. Dette ville muliggjort en oppstart en gang i tidsrommet fra 28. august 2011 til ca 19. oktober 2011.

Hverken nødrettsbetraktninger eller krav om en generell rettsstridsreservasjon gir noe rettslig grunnlag for å gjøre unntak for kunngjøringskravet i tillegg til de unntak og muligheter som gjeldende rett i alt gir. Uansett er vilkårene for å benytte et slikt rettsgrunnlag ikke innfridd.

Det var således ikke grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikten og forlengelsen var en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet i lov om offentlige anskaffelser § 7b er oppfylt. Skyldkravet må vurderes opp mot ROAFs samlede forhold. Med hensyn til faktiske handlinger handlet ROAF dels forsettlig, dels grovt uaktsomt. Det forelå rettsvillfarelse med hensyn til kunngjøringskravet og spørsmålet er om saksøker var i unnskyldelig rettsvillfarelse. Den rettslige løsning er klar og rettspraksis og anskaffelseslovgivningen stiller strenge krav til saksøkers kjennskap til gjeldende rett. Det forelå ikke unnskyldelig rettsvillfarelse. Saksøker forlenget en kontrakt for et beløp mange ganger over terskelverdi, for en

betydelig periode. De forsøkte heller aldri å gjennomføre en forhandling eller hastekonkurranse. De brøt også grunnleggende lovkrav om protokollering og begrunnelse for valget slik at man ikke har den nødvendige notoritet over beslutningsgrunnlaget for forlengelsen. Dette skaper usikkerhet rundt hvilke vurderinger som faktisk ble gjort. ROAF var klar over regelverket men tok en bevisst risiko med hensyn til forlengelsen. De søkte ikke juridisk råd. Saksøkte har handlet grovt uaktsomt.

Spørsmålet om overtredelsesgebyr skal ilegges beror på en helhetsvurdering, jf loven § 7b b. Regelbruddet er klart, rettsvillfarelsen er helt uten unnskyldende momenter, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen er 8,5 millioner kroner, mer enn henholdsvis 5,3 og 17 ganger over terskelverdiene for offentlige anskaffelser. Det er ingen momenter som tilsier at gebyr ikke skal ilegges. Retten bør uansett være varsom med å overprøve KOFA's vurdering av "kan" skjønnet i loven § 7 b.

De samme momentene kommer inn ved fastsettelsen av gebyret. Gebyrets størrelse utgjør ca 7 % av anskaffelsens verdi. Dette er noe mildt i forhold til KOFA's øvrige praksis. Gjengs gebyrsats har vært mellom 8 % og 12 % og snittet har vært på 9,4 %.

Saksøkte har nedlagt slik påstand:

1. Staten ved Klagenemnda for offentlige anskaffelser frifinnes
2. Romerike Avfallsforedling IKS dømmes til å betale sakskostnader til Staten ved Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Rettens vurdering

Den angjeldende anskaffelsen ble gjort ved forespørselen fra ROAF til Reno Norden 24. juni 2012. Hjemmelen for gebyret var lov om offentlig anskaffelser § 7b og kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser lå på dette tidspunkt hos KOF A. Lov om offentlige anskaffelser § 7b, første og annet ledd hadde på dette tidspunkt følgende ordlyd:

En oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven.

Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Bestemmelsen ble opphevet ved lov av 11. mai 2012 ill. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett), med virkning fra 1. juli 2012. Fra dette tidspunkt ble ileggelseskompetansen for gebyr flyttet til domstolene. Ettersom anskaffelsen denne saken gjelder ble begått før lovendringen, vil lov om offentlige anskaffelser § 7b, slik bestemmelsen lød før 1. juli 2012, være det rettslige grunnlaget for rettens vurderinger. Det fremgår uttrykkelig av § 7b femte ledd at retten kan prøve alle sider av saken.

Om hvorvidt forlengelsen skulle vært kunngjort

Kontrakten for forelengelsen er opplyst å ha en verdi på drøyt 8, 5 millioner kroner. Kontrakten følger således i utgangspunktet reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del III som omhandler anskaffelser over EØS terskelverdiene. Etter forskrift om offentlige anskaffelser (forskriften) § 14-1 nr. 1 skal slike anskaffelser som hovedregel foretas med åpen eller begrenset anbudskonkurranse og skal kunngjøres etter forskriften § 18-3. Etter forskriften § 4-1 bokstav q er en ulovlig direkte anskaffelse en *"anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen"*. Selv om en kontrakt er kunngjort, kan endringer av kontrakten etter omstendighetene være så vesentlige at de i realiteten representerer inngåelse av en ny kontrakt. Ettersom den endrede kontrakten ikke er kunngjort vil dette representere en ulovlig direkte anskaffelse.

Det er klart at forlengelsen av renovasjonskontrakten ikke ble kunngjort, og at kontraktsbeløpet ligger over terskelverdien for kunngjøringskravet.

Det er heller ikke tvilsomt at renovasjonstjenester måtte leveres fortløpende også etter 1. september 2011, jf kommunenes plikt etter forurensingsloven § 30 og de samfunnsmessige konsekvenser det ville fått dersom tjenestene stoppet opp.

Partene er enige om at at forskriftens unntaksbestemmelser i kap. 14 ikke gir unntak fra kunngjøringsplikten i denne saken. Spørsmålet er om tilbudet om forlengelse skal anses som en "ikke vesentlig" endring av den opprinnelige kontrakten (fra 2004) og derved er unntatt fra forskriftens kunngjørings- og konkurransekrav. Saksøker har anført som hjemmel for en slik forståelse EU domstolens avgjørelse C-454/06, "Presstext" (heretter kun kalt "Presstext"). .

Rettskildene

Det følger av Presstext at en kontrakt skal kunngjøres på nytt dersom det foretas vesentlige endringer i kontrakten under dens løpetid.

I avgjørelsen uttalte EU-domstolen følgende om det prinsipielle utgangspunktet:

Med henblik på at sikre gennemsigtighet i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale ... når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer

Videre ble det gitt følgende eksempler på endringer som *kan* anses å være vesentlige:

- En endring som innfører vilkår som ville ha gjort det mulig for andre tilbydere å delta enn de som deltok, eller som ville gjort det mulig å akseptere et annet bud enn det som vant.
- En endring som i betydelig omfang utvider avtalen til å omfatte tjenester som ikke opprinnelig var omfattet.
- En endring som endrer avtalens økonomiske balanse til fordel for den valgte leverandøren på en måte som ikke var fastsatt i de opprinnelige konkurransevilkårene.

Avgjørelsen i Pressetext gir således et prinsipielt utgangspunkt, samt beskrivelse av tre ulike spesifikke antall tilfeller som fastslår når det kan foreligge en vesentlig endring.

Det er ikke fremlagt annen praksis fra EU domstolen som har særlig relevans for vår sak.

Retten har heller ikke funnet norsk rettspraksis av relevans for fortolkningen av Pressetext.

Etter KOFA praksis knyttet til vesentlighetsvurderingen skal det foretas en konkret helhetsvurdering av kontrakten før og etter endringen, jf sak 2010/212 (Helse Bergen). I denne helhetsvurderingen må ikke bare endringen isolert sett inngå, men også eksterne forhold som bakgrunnen for endringsbehovet, samt om dette kunne forutses eller ikke. Dette støttes også av direktiv 2014/24/EU, pkt. 72, 1, c) (se nedenfor) og Sue Arrowsmith (2014) s. 290.

Retten har ikke funnet praksis fra KOFA som er direkte sammenlignbare med herværende sak.

En viss veiledning kan allikevel KOFA sak 2013-128 gi. Her hadde oppdragsgiver inngått kontrakt med NCC om arbeid på Lavik fergekai og veianlegg, og avtalte senere at NCC også skulle utføre arbeider på Brekke kai som lå på andre siden av Sognefjorden. Arbeidene på Brekke var tidligere kunngjort, men konkurransen ble avlyst. Innklagede hadde opplyst at grunnen til at dette var trukket ut av kontrakten var hensynet til konkurranse, og mulighet for å oppnå lavere priser. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom arbeidet ikke kunne anses som en vesentlig endring av kontrakten. KOFA la vekt

på at endringene ikke bar preg av en omgåelse av regelverket og at fremgangsmåten var i samsvar med hensynet til effektiv ressursbruk i loven § 1.

I andre KOFA avgjørelser av hvorvidt tilleggsarbeid kan utgjøre en vesentlig endring, er det vektlagt om endringen har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige avtalen, jf klagenemndas saker 2004/16 (KOFA-2004-16) premiss (131) og 2005/40 (KOFA-2005-40) premiss (30). Det er også vektlagt om det er inngått avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, jf. klagenemndas sak 2008/5 (KOFA-2008-5) premiss (56).

Det ble i 2014 vedtatt et nytt direktiv, 2014/24/EU, som også vil være relevant i fortolkningen av vesentlighetsstandard, selv om direktivet ikke gjaldt i 2011, og således ikke får direkte anvendelse. Det vises til Arrowsmith (2014) s. 292 som mener direktivet vil få betydning i fortolkningen også av tidligere bestemmelser. I direktivet er vesentlighetslæren dels kodifisert, dels videreutviklet, dels liberalisert, jf Goller og Kreyberg (i artikkelen "Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser", 2012).

Etter direktivets art. 72 c) vil en endring i en kontrakt kunne gjøres uten ny anbudsprosedyre når følgende betingelser er oppfylt:

- i) behovet for ændring er affødt af omstændigheder, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed*
- ii) ændringen berører ikke den overordnede kontrakts karakter*
- iii) en eventuel prisstigning er ikke større end 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt eller rammeaftale. Såfremt der foretages flere successive ændringer, gælder denne begrænsning for værdien af hver af ændringerne. Sådanne successive ændringer må ikke have til formål at omgå dette direktiv*

Det følger av samme artikkel bokstav e) at det er en betingelse at endringene uansett verdi ikke må være vesentlige slik dette er definert i punkt 4. Punkt 4 er i det vesentlige de samme vilkår og eksemplifiseringer som følger av Presstext. Vilkårene som følger av Presstext vil altså alltid utgjøre en skranke for hvilke endringer som kan gjøres.

I samme artikkel punkt 2 oppstilles et selvstendig vilkår for å unnlate kunngjøring dersom endringen ligger under terskelverdi (207 000 Euro) og ikke utgjør mer enn 10 % av verdien av den opprinnelige kontrakten. Siden endringen i vår sak ligger over terskelverdien ville dette alternativet ikke gitt støtte for fritak fra kunngjøringsplikten.

Ved fortolkningen av vesentlighetskravet vil de grunnleggende prinsippene som er nedfelt i direktiv om offentlige anskaffelser være sentrale, jf Presstext punkt 46:

However, the interpretation of the concept of an award must in the end be guided by the objectives of the relevant directive. The coordination of the procedures for the award of public contracts is intended to eliminate obstacles to freedom of movement for goods and services and protect the interests of economic operators from other Member States. It is a matter of ensuring that contracting authorities do not give preference to domestic tenderers or applicants and in the award of the contract are not influenced by considerations other than economic ones.

Det er klart at de generelle prinsipper som er nedfelt i lov om offentlige anskaffelser også vil gi viktig støtte i fortolkningen av vesentlighetskravet.

Dette innebærer at det vil være relevant om man står overfor en oppdragsgiver som forsøker å omgå anskaffelsesreglene, eller om oppdragsgiver endrer kontrakten ut fra reelle og fornuftige forretningsmessige betraktninger.

Oppdragsgivers aktsomhet vil videre være relevant, jf Arrowsmith, som peker på at vesentlighetsterskelen ikke bør bli for streng, særlig i langvarige og komplekse kontrakter, fordi det da ofte kan være vanskelig å forutse utviklingen og endringsbehovet.

Arrowsmith (2014 s. 583 i 2014) peker også på at endringer i en kontrakts anvendelsesområde (*scope of the contract*) kan endres mye uten at det nødvendigvis ville tilkommet andre tilbydere. Hun mener at hvis endringene blir store nok vil man allikevel stå overfor så vesentlige endringer at en ny anbudsprosess må igangsettes. Hun skriver: "*Arguably the purpose of the test is to ensure that a new award procedure is conducted where there are modifications that appear likely to have some potential impact of the outcome without the need actually show such a potential impact for the specific contract. However, this is not entirely clear*". Videre fremgår at dette innebærer at endringer som ikke har potensiale til å påvirke antall tilbudsgivere er tillatt når de ikke kan anses vesentlige. Allikevel kan innholdet i en kontrakt til en viss grad bli utvidet uten å komme i konflikt med EU reglene. Hun viser videre til at når endringsbehovet er forutsigbart og det ikke er mulig å bruke fremgangsmåten med forhandling uten konkurranse, vil oppdragsgivere som ikke har tid til å gjennomføre en hasteprosedyre før den eksisterende kontrakten utløper bli stilt overfor valget mellom å klare seg uten endringen eller bryte anbudsreglene. Arrowsmith skriver da: "*It seems, however, that it is recognised in Presstext that an existing contract may be extended by a short amount to cover such a situation, even though the possibility of extension is not mentioned in the contract. Obviously, what is and is not considerable is a matter of degree – the greater the scope of the change, the greater the risk to the procuring entity*".

I boken "Forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer" (Thue m.fl. 2013) tas det til orde for at det bør inngå i "*helhetsvurderingen at det foretas en vurdering av hvor hensiktsmessig det er å konkurranseutsette endringsbehovet separat (eventuelt hele*

kontrakten på nytt). Det kan være at det er helt uhensiktsmessig å konkurranseutsette endringsbehovet separat. Oppdragsgiver må da velge mellom å konkurranseutsette hele kontrakten på nytt, gjennomføre endringen eller å fortsette med en uendret kontrakt. Dersom transaksjonskostnadene og/eller tidsspillet ved å kunngjøre hele kontrakten på nytt er uforholdsmessig store, bør dette tale for at endringen ikke anses å være vesentlig. I motsatt fall kan oppdragsgivere bli tvunget til å leve videre med en uhensiktsmessig kontrakt, fordi dette er et bedre alternativ enn ny kunngjort konkurranse."

Videre fremgår, under punktet om kvantitative endringer:

Under gjeldende rett er det ikke mulig å oppstille noen eksakte rammer for hvor store endringer som kan tillates. Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, jf. ovenfor. Det er likevel interessant at Kommisjonen, på visse angitte vilkår, i alle fall foreslår å tillate endringer opp til en økning av kontraktsverdien på 50 %, jf. forslagets artikkel 72 nr. 6, sml. også forskriften § 14-4 bokstav f og j. Det foreligger videre flere KOFA-saker hvor KOFA etter omstendighetene har akseptert store prosentvise endringer:

- KOFA 2010/179 (Vestvågøy kommune) – Her synes det som om det ble foretatt en reduksjon i kontraktsomfang på mer enn 50 % uten at det ble ansett som en vesentlig endring. Klagenemnda la vekt på at slik saken var opplyst, kunne nemnda ikke se at det er holdepunkter for at andre tilbydere ville deltatt, eller kunne vunnet konkurransen, dersom anskaffelsen opprinnelig hadde blitt kunngjort med det omfang anskaffelsen senere fikk.
- KOFA 2010/212 (Helse Bergen HF) – Oppdragsgiver hadde inngått en avtale om lån av diverse laboratorieinstrumenter med sin eksisterende leverandør av laborieutstyr. Økningen i totalverdi fremgår ikke eksplisitt, men det synes som om endringen kan ha vært i størrelsesorden [side 159] rundt 20 %. Klagenemnda fant at låneavtalen ikke innebar en vesentlig endring av avtaleforholdet mellom oppdragsgiver og leverandøren.

Videre fremgår under punktet "Forlengelser":

Forlengelser av tidsbegrensede avtaler har også blitt bedømt strengt, se KOFA 2010/71 (Sørlandet Sykehus HF Kristiansand) og 2011/220 (Helse Midt-Norge RHF). Sistnevnte inneholder en henvisning til Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26, der det heter at:

«Et annet eksempel er når oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket.»

Etter vår oppfatning må det være korrekt at disse tilfellene bedømmes strengt. Det kan likevel stilles spørsmål ved om det er korrekt å anlegge en så kategorisk holdning til disse sakene som det er gjort i forarbeidene og i de nevnte KOFA-sakene. Vi utelukker ikke at det også på dette området kan finnes tilfeller som etter en helhetsvurdering ikke anses å utgjøre en vesentlig endring.

I artikkelen "Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser" (2012) tar Goller og Kreyberg til orde for at ikke enhver forlengelse av kontraktperioden nødvendigvis skal anses som en vesentlig endring. De peker på at EU domstolen har akseptert visse utvidelser av volumet under inngått avtale, uten at det anses som en vesentlig endring. Det fremgår videre: *"Dette skulle tilsi at også en mer kortvarig forlengelse av en inngått avtale bør kunne aksepteres. En viss støtte for dette finner man også i FOA § 14-4 f, om tilleggsleveranser i en varekontrakt. En av forutsetningene her er at varigheten «for den opprinnelige kontrakten og tilleggsleveransen» normalt ikke overstiger 3 år. Det kan indikere at også visse utvidelser av avtaleperioden etter omstendighetene kan være tillatt. Som hovedregelen må nok imidlertid forlengelser av avtaleperioden være problematisk i forhold til pressetext. Spørsmålet er ikke direkte berørt i Kommisjonens forslag til nytt direktiv".*

Ved endring i forskrift om offentlige anskaffelser den 12. juni i år ble det vedtatt en ny bestemmelse om dekningskjøp i § 2-1, annet ledd bokstav g:

Kontrakter om dekningskjøp som er nødvendige fordi en konkurranse må avlyses, eller fordi det har oppstått en tvist som forsinker kontraktinngåelsen, forutsatt at oppdragsgiver ikke inngår kontrakten om dekningskjøp for en lengre periode enn det som er nødvendig for å gjennomføre en konkurranse i samsvar med forskriften.

Bestemmelsen gjaldt ikke i 2011 og gjelder også anskaffelser under terskelverdiene. Bestemmelsen ville derfor ikke vært direkte anvendelige i vår sak. Det er allikevel verdt å merke seg at forskriften nå tar høyde for nettopp en slik situasjon ROAF var i da konkurransen måtte avlyses. Det er også å merke seg at forskriften har en beløpsmessig grense i forhold til terskelverdi men også en tidsmessig begrensning knyttet til det som er *nødvendig for å gjennomføre en ordinær konkurranse.*

I høringsnotatet til forskriften fremgår:

Forenklingsutvalget mener oppdragsgiver bør ha mulighet til å foreta nødvendige dekningskjøp dersom en konkurranse avlyses, eller dersom det har oppstått en tvist som forsinker inngåelse av kontrakt, jf. NOU 2014: 4 kapittel 12.5.2.8. Etter gjeldende rett har oppdragsgiver en plikt til å følge de detaljerte prosedyrereglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II i disse situasjonene. Dette medfører at oppdragsgiver ofte ikke får dekket nødvendige anskaffelsesbehov på annen måte enn ved å foreta ulovlige direkte anskaffelser. I hvilken grad oppdragsgiver selv er skyld i situasjonen som har oppstått, er uten betydning. Utvalget foreslår derfor at det innføres et eget unntak fra plikten til å følge prosedyrereglene i del II i ovennevnte situasjoner. Høringsinstansene er entydig positive til dette forslaget.

Departementet stiller seg bak utvalgets forslag. Departementet presiserer at unntaket kun gjelder i situasjoner der oppdragsgiver har et reelt anskaffelsesbehov som det er nødvendig å få dekket raskt. Kontrakter som inngås etter dette unntaket, skal ikke ha en

varighet som er lenger enn det som er nødvendig for å gjennomføre en konkurranse etter forskriftens del II. Departementet understreker dessuten at oppdragsgiver etter det grunnleggende prinsippet om konkurranse vil ha en plikt til å sikre konkurranse om dekningskjøpet i den grad det lar seg gjøre i den situasjonen som er oppstått.

Det er altså fremhevet at det er uten betydning i hvilken grad oppdragsgiver selv er skyld i situasjonen som har oppstått. Videre merker retten seg at det understrekes at varigheten ikke skal være lenger enn nødvendig og at det er en plikt til å sikre konkurranse om dekningskjøpet i den grad det lar seg gjøre.

Rettsanvendelsen

Det er ubestridt at forlengelsen i vår sak ikke var omhandlet hverken i den opprinnelige kunngjøringen, konkurransegrunnlaget eller kontrakten. Endringen av kontrakten innebar ene og alene en forlengelse av kontraktens varighet fra 1.9.2011 til 16.4.2012. Kontraktens oppstartstidspunkt var 1.9.2004. Ingen av kontraktens øvrige deler var endret. Tjenestenes innhold, omfang, geografiske område, pris og andre sentrale kontraktsvilkår var således de samme som i den opprinnelige kontrakten. Retten vurderer derfor ikke at forlengelsen medførte at *kontraktens karakter* ble endret.

Den opprinnelige kontrakten hadde en varighet på 7 år totalt. Med utvidelsen, fikk kontrakten en varighet på 7 år og 7,5 mnd,. Dette innebar en økning på nær 8,5 % av kontraktens varighet. Etter rettens syn innebærer ikke dette en betydelig utvidelse av kontraktens anvendelsesområde.

Det er ikke opplyst hva total pris for den kunngjorte kontrakten ble, men etter ROAFs opplysninger til KOFA betalte de 12 068 263 kroner til Reno Norden for perioden 1. 9.2009 – 31.8.2010 og 10 935 031 kroner for perioden 1.9.2010 – 31.8.2011. Retten legger til grunn at dette gir et realistisk bilde av prisen for de siste årene av kontraktsperioden. Det fremgår imidlertid at kontraktsprisene var indeksregulert, slik at prisen derfor må ha vært suksessivt lavere de tidligere kontraktsårene. Prisen for den perioden forlengelsen gjelder var som nevnt drøyt 8, 5 millioner kroner. Det er ikke fremlagt beregninger av hvor stor endringen i kostnad har vært i forhold til den opprinnelige kostnaden ved kontrakten, men det har formodningen for seg at verdien av forlengelsen står i noenlunde samsvar med lengden av forlengelsen (ca 8,5 % økning).

Det er etter rettens vurdering lite sannsynlig at det ville meldt seg andre deltakere i anbudskonkurransen i 2004 dersom det var kunngjort ytterligere en opsjon som var knyttet til forlengelsen fra 1.9.11 til 16.4.12. Kontrakten hadde fra før av en varighet på 5 år pluss opsjoner på ett pluss ett år, til sammen 7 år. Dersom det var kunngjort opsjon på ytterligere

7,5 måneder, er det ikke holdepunkter for å tro at dette i seg selv ville gitt et potensiale for å utvide antallet tilbudsgivere. Dette er for øvrig heller ikke anført.

I utgangspunktet ligger endringen derfor innenfor det som i dag ville blitt akseptert etter direktiv 2014/24 artikkel 72, bokstav c.

Bakgrunnen for endringsbehovet i vår sak var at det var gjort en feil hos konsulenten ROAF brukte og at den opprinnelige konkurransen ble avlyst. ROAF hadde utvilsomt et sterkt behov for at renovasjonstjenestene fortsatte etter utløpet av kontrakten 1. september 2011, jf plikten etter forurensningsloven § 30.

Den perioden forlengelsen gjelder var opprinnelig en del av den kontrakten som var kunngjort 19. april 2011. Det ligger i dette at ROAF opprinnelig anså denne kontrakten som en ny kontrakt i forhold til den opprinnelige. Forlengelsen innebar imidlertid en kortere varighet enn den kunngjorte kontrakten.

Selv om feilen i saken ble gjort av en ekstern rådgiver, er det klart at feilen som forårsaket avlysningen lå på ROAFs side. Daglig leder i ROAF, Øivind Brevik, pekte under hovedforhandlingen på at feil i formler i Excel ark lett kan oppstå, gjerne ved oversendelser på e-post o.l. Dersom dette er riktig, er det rettens syn at ROAF hadde avsatt svært knapt med tid for gjennomføringen av den konkurransen som måtte avlyses. Det var riktignok tatt høyde for alle obligatoriske ledd i anbudsrunden, men ikke gitt noen margin for at noe uforutsett kunne oppstå. Som en konsekvens av dette oppstod behovet for forlengelsen. Det var altså feilen som ble gjort hos ROAFs rådgiver i tillegg til at tiden som var satt av til konkurransen ikke ga rom for uforutsette begivenheter som skapte behovet for forlengelsen.

Retten legger imidlertid, etter bevisførselen til grunn at ROAF ikke har hatt til hensikt å omgå anskaffelsesregelverket. Retten ser det slik at ROAF var i en situasjon hvor de *måtte* skaffe renovasjonstjenester fra 1. september 2011 og at det på dette tidspunkt var en risiko for å bryte anskaffelsesregelverket uansett hvordan de gikk frem for å få til dette.

Staten v/KOFA har anført at ROAF burde brukt hasteprosedyren i forskriften § 19-5 for å fremskynde gjennomføringen av konkurransen, slik at oppstart for ny kontrakt i samsvar med konkurransereglene kunne skjedd allerede i september eller oktober 2011. Retten er enig i at en slik fremgangsmåte ville forkortet tiden for en forlengelse, men kan ikke se at det er like klart at den situasjon ROAF var i ville gitt grunnlag for bruk av hasteprosedyren i forskriften § 19-5. Bestemmelsen krever *umulighet* i forhold til å bruke ordinære frister. Umulighetskravet er fortolket svært strengt i KOFA praksis og det er etter rettens syn langt fra opplagt at den vil kunne brukes når situasjonen skyldes feil som ligger innenfor oppdragsgivers kontroll.

Etter en helhetsvurdering basert på de rettskilder og momenter som er referert foran, har retten kommet til at ROAFs forlengelse av kontrakten med Reno Norden i utgangspunktet ikke var en vesentlig endring av kontrakten og derfor kunne gjøres uten kunngjøring. Situasjonen, slik den var, gjorde det nødvendig å forlenge kontrakten. Som nevnt, var forlengelsen isolert sett i samsvar med Pressetext og art. 72 i 2014 direktivet.

Retten finner imidlertid at lengden på forlengelsesperioden er uforenlig med grunnprinsippene i anskaffelsesregelverket. Lov om offentlige anskaffelser § 1 angir at loven og forskriftene skal bidra til å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Lovens § 5, annet ledd, bestemmer at en anskaffelse *så langt det er mulig* skal være basert på konkurranse. Videre gjelder grunnleggende proporsjonalitets- og nødvendighetskrav generelt innenfor anbudsretten, jf f.eks. loven § 5 samt forskriften § 3-1 (1) om at enhver anskaffelse *så langt det er mulig* skal være basert på konkurranse, samt forskriften § 3-1 (5) som bestemmer at konkurransen skal gjennomføres på en måte som *står i forhold til* anskaffelsen. De bestemmelsene som gjør unntak fra anskaffelsesregelverket, som f.eks. bestemmelsen om dekningskjøp i forskriften § 14-4 bokstav l, samt den nye § 2-1, bokstav g, oppstiller også forholdsmessighet- og nødvendighetskrav, slik at de kun kan benyttes så langt det er *nødvendig* og ikke for en lengre periode enn det som er *nødvendig* for å gjennomføre en konkurranse i samsvar med forskriften. Selv om disse sist nevnte bestemmelsene i forskriften ikke kommer direkte til anvendelse i denne saken, antas de å gi uttrykk for lovgivers grunnleggende syn som bl.a. fremgår av lovens § 5 om at konkurranse skal benyttes *så langt det er mulig*.

Som nevnt foran vurderer også Arrowsmith (s. 583) at Pressetext åpner for at eksisterende kontrakter kan forlenges "by a short amount" for å avhjelpe en situasjon ikke ulik den ROAF var i.

ROAF hadde satt av og benyttet 4 ½ måned til den anskaffelsesprosessen som måtte avlyses. ROAF har for retten fremholdt at dette var tilstrekkelig tid til å gjennomføre en forsvarlig anbudskonkurranse. Da konkurransen ble avlyst, den 24. juni 2011, ble ikke ny konkurranse utlyst før 23. august 2011 og oppstartsdato for ny kontrakt ble satt til 16. april 2012. Dette er mer enn 9 ½ måned fra avlysningen skjedde. ROAF har begrunnet dette med at man først måtte avvente ny klagefrist og at det var midt i sommerferien. Videre satte de oppstartsdatoen til etter påske. Dette begrunnet ROAF med at oppstart for en ny leverandør alltid er forbundet med vanskeligheter og avvik og i særlig grad gjelder det dersom oppstart skjer i de månedene det er snø og is. Også jule- og påskehøytiden innebærer ekstra store vanskeligheter for en ny leverandør.

Retten kan ikke se at de anførte omstendigheter ga ROAF grunn til å benytte så lang tid på den nye konkurransen, herunder at oppstartsdato ble satt så sent som 16. april 2012, med den konsekvens at forlengelsen fikk en varighet på ca 7 ½ måned. Selv om det utvilsomt er

mer vanskelig med oppstart i snø og vintermånedene enn der oppstart skjer i sommerhalvåret, er det dokumentert flere sammenlignbare anbudskonkurranser hvor oppstart er satt til 1. januar eller andre tidspunkter på vinteren. Dette er i områder som antas å være sammenlignbare med Romerikskommunene hva angår snømengder og fremkommelighet.

Det er fremlagt dokumentasjon som viser at det er en del avvik i høytidene. Daglig leder i ROAF, Øivind Brevik, har forklart at dette særlig gjelder den første jul/påske for ny leverandør. Dette gir ikke retten holdepunkter for annet enn at den første jul/påske vil innebære avvik for enhver ny leverandør, uansett om dette er tidlig eller sent i det første kontraktsåret. Dette vil således være en følge av leverandørskifte uansett når på året oppstart er. ROAF har påberopt at det må være rom for å gjøre vurderinger av hva som er forretningsmessig hensiktsmessig. Retten er enig i dette i en ordinær situasjon, men i den situasjon som var oppstått, både kunne og burde hensynet til den optimale forretningsmessige løsningen etter rettens syn vike i forhold til anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav om konkurranseutsetting.

Retten er derfor av den oppfatning at den nye konkurransen burde vært gjennomført langt raskere enn den ble, slik at oppstart kunne skje før eller omkring årsskiftet 2011/2012. Behovet for å forlenge den opprinnelige kontrakten ville ved det blitt minimert til det som var *nødvendig utfra situasjonen*. Etter rettens vurdering ville en halvering av perioden for forlengelsen vært realistisk å få til slik at oppstart kunne skjedd i løpet av høsten, evt 1. januar 2012. Når ROAF ikke tok grep for å spare inn tid i den nye anbudskonkurransen, og på den måten har unnlatt å begrense omfanget av direkteanskaffelsen, innebærer dette at ROAF har brutt kravet til kunngjøring for den perioden som overstiger det som var nødvendig, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav q.

Retten har etter dette kommet til at ROAF har brutt anskaffelsesreglene og det må derfor vurderes om det skal ilegges overtredelsesgebyr, jf loven § 7 b.

Det fremgår av § 7 b at skyldkravet for å ilegge overtredelsesgebyr er forsett eller grov uaktsomhet.

Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.
Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi

I Ot.Prp. nr. 62 (2005-2006) fremgår om skyldkravet:

Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettelig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettelig eller grovt uaktsomt, men at det også kan være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt. Overtredelsesgebyr kan kun nyttes mot ulovlige direkte anskaffelser. I bestemmelsens første ledd annet punktum er definisjonen av dette begrepet knyttet opp til brudd på kunngjøringsplikten. Det typiske eksempelet på en ulovlig direkte anskaffelse, er når oppdragsgiver splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under den nasjonale terskelverdien. Et annet eksempel er når oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket. ...

Bevisføringsplikten vil påligge begge parter i saken. Oppdragsgiver har dessuten plikt til å sørge for at hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen. Dette gjøres blant annet gjennom protokoller og skriftlige begrunnelser. Hvis oppdragsgiver unnlater å oppfylle sin bevisføringsplikt, for eksempel ved å nekte å utlevere relevante dokumenter, vil dette normalt belastes oppdragsgiver ved bevisvurderingen.

I bestemmelsens annet ledd er det angitt hvilke momenter det særlig skal legges vekt på ved utmålingen av overtredelsesgebyret. Bestemmelsen inneholder ingen uttømmende oppregning av hvilke momenter det kan legges vekt på. Av samme ledd fremkommer det at overtredelsesgebyret ikke kan overstige 15 prosent av anskaffelsens verdi.

ROAF har anført at de ikke har utvist nødvendig skyld og at gebyr uansett ikke skulle vært ilagt fordi de hadde som intensjon å følge reglene, og gjennomførte en konkurranse, men måtte avlyse for å sikre reell konkurranse.

Daglig leder i Rofa, Øivind Brevik, forklarte seg i retten om beslutningen som ble tatt om forlengelsen. Brevik kunne ikke erindre hvilke vurderinger som var blitt gjort forut for at tilbud om forlengelse ble sendt Reno Norden. Han mente å huske at selskapet hadde rådført seg med advokat i forbindelse med avlysningen, men kunne ikke huske at dette ble

gjort i forbindelse med forlengelsen av kontrakten med Reno Norden . Dette var en liten kontrakt for Rofa og Brevik hadde på dette tidspunktet. først og fremst fokus på et annet og langt større prosjekt som gjaldt et nytt sorteringsanlegg,

Brevik forklarte videre at 4-5 av de ansatte i ROAF har offentlige anskaffelser som en liten del av sitt fagområde. De store anskaffelsene har de brukt ekstern bistand til. De har nå ansatt en innkjøpssjef, en innkjøper og en kontraktsoppfølger for å organisere anskaffelsene på en best mulig måte. Innkjøpssjefen ble ansatt 15. september 2011, og var således ikke ansatt da kontrakten med Reno Norden ble forlenget.

Etter rettens syn er ROAFs handlemåte i forbindelse med forlengelsen av kontrakten med Reno Norden utvilsomt grovt uaktsom. ROAF har ikke ført protokoll over beslutningene i forbindelse med forlengelsen, slik de er pliktig til etter forskriften § 3-1 nr. 7, og det er få tidsnære bevis om hvilke vurderinger som ble gjort. Øivind Brevik har heller ikke kunnet redegjøre for at det ble gjort noen vurderinger av problemstillingen om hvorvidt direkteanskaffelsen var juridisk holdbar, og det ble heller ikke søkt juridisk bistand, selv om selskapet hadde kontakt med advokat i forbindelse med avlysningen. Dette var en anskaffelsesrettslig vanskelig situasjon hvor muligheten til å trå feil rettslig var stor. Retten er derfor ikke i tvil om at ROAFs handlemåte og unnlatelse av å søke juridisk bistand fyller skyldkravet i loven § 7 b.

ROAF har anført nødrett som grunnlag for at skyldkravet ikke er oppfylt, og at det må gjelde en generell rettsstridsreservasjon når det gjelder ileggelse av et straffelignende gebyr. Retten vil bemerke at nødrettsbetraktninger og rettsstridsreservasjoner ikke har noen rettslig forankring innen anskaffelsesretten. Utfra det retten har kommet til over, om at ROAF har forlenget kontrakten lenger enn det som var nødvendig, vil uansett ikke en betraktning om nødrett og rettsstridsreservasjon komme ROAF til gode, da dette forutsetter at handlemåten var nødvendig for å avverge faren, jf straffeloven (2005) § 17. Det er derfor ikke nødvendig å drøfte de rettslige sidene ved anvendelsesområdet for disse prinsippene ytterligere.

Retten finner også at ROAF bør ilegges et gebyr i saken. Selv om ROAF ikke har brutt anskaffelsesregelverket med hensikt, har de handlet grovt uaktsomt i forhold til vurderingene ved forlengelsen og fastsettelsen av forlengelsestidens lengde. Det er klare allmenn- og individualpreventive hensyn knyttet til saken.

Når det gjelder gebyrets størrelse, er retten enig med KOFA at 7 % av anskaffelsens verdi fremstår rimelig. KOFA har opplyst at dette ligger noe under gjengs gebyrsats som har vært mellom 8 % og 12 %. Snittet har vært på 9,4 %. Retten har da lagt vekt på at løsningen var juridisk vanskelig og at ROAF ikke har hatt til hensikt å omgå anskaffelsesregelverket. Imidlertid innebærer rettens konklusjon ovenfor at verdien av den ulovlige anskaffelsen er mindre enn det som ble lagt til grunn av KOFA. Retten har anslått

at kontrakten kunne startet opp i løpet av høsten 2011 og senest 1. januar 2012 dersom konkurransen hadde blitt gjennomført på en raskest mulig måte. Den ulovlige forlengelsen etter dette utgjør om lag halvparten av den perioden KOFA har ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Retten fastsetter derfor gebyret skjønnsmessig til halvparten av det gebyret som opprinnelig ble fastsatt av KOFA, til 300 000 kroner.

Saksomkostninger

Begge parter har krevet saksomkostninger. Staten blir ved dommen frifunnet, men må betale tilbake halvparten av gebyret som ble fastsatt av KOFA. ROAF har ikke fått medhold i at det ikke var grunnlag for gebyr, men størrelsen på gebyret er redusert til halvparten.

Saken er dels vunnet, dels tapt for begge parter. Dette innebærer at spørsmålet om sakskostnader skal avgjøres etter tvisteloven § 20-3. Den klare hovedregelen her er at sakskostnader ikke tilkjennes når ingen av partene har vunnet saken. Det er vilkår om at det foreligger «tungtveiende grunner» i tvisteloven § 20-2 (3) og § 20-3 for å gjøre unntak fra dette. Det følger av rettspraksis og forarbeidene til bestemmelsen at listen for å gjøre unntak fra hovedregelen ligger «forholdsvis høyt», jf Rt-2010-352 avsnitt 18 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 446.

Retten kan ikke se at det i saken her foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner til å fravike hovedregelen om at hver av partene bærer sine omkostninger. Etter dette blir ingen av partene tilkjent sakskostnader.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist, hvilket skyldes høy arbeidsbelastning.

DOMSSLUTNING

1. KOFAs vedtak av 23. april 2012 er delvis ugyldig, ved at fastsatt gebyr reduseres fra 600 000 til 300 000.
2. Staten ved klagenemnda for offentlige anskaffelser betaler tilbake til Romerike Avfallsforedling IKS 300 000 –trehundretusen- kroner av innbetalt gebyr innen 14 –fjorten- dager fra dommens forkynnelse.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Retten hevet

Elisabeth Jordan Ramstad

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten. Ankefristen avbrytes av rettsferien. Rettsferie er følgende: Rettsferiene varer fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag, fra og med 1. juli til og med 15. august og fra og med 24. desember til og med 3. januar, jf. domstoloven § 140.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegenstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegenstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankeinstansen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevissspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.