



Vedlegg.....	av:.....
Sak:.....	2003/73-18

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemndas avgjørelse 22. september 2003 i sak 2003/73

I forbindelse med en omorganisering overdro innklagede, et interkommunalt avfallsselskap, driftsansvaret for sine avfallsanlegg samt ansatte og utstyr ved anleggene til et privat selskap hvor innklagede eide 34 % av aksjene, og hvor daglig leder hos innklagende satt som styremedlem. Resten av selskapet var privateid. Samme selskap ble tildelt ulike sporadiske og løpende oppdrag fra innklagede, verdt ca kr 160.000 pr år. Innklagede gjennomførte dessuten en uformell konkurranse om ytterligere 14 transportoppdrag som hovedsakelig ble tildelt samme selskap. Klagenemnda fant at driftsavtalen, de 14 transportavtalene og løpende oppdrag ellers falt inn under regelverket for offentlige anskaffelser, og at forskrift om offentlige anskaffelser §§ 4-1 og 11-1 var overtrådt. Det kunne også være spørsmål om inhabilitet fordi daglig leder hos innklagede var styremedlem i det private aksjeselskapet.

Klager: Rørheims Bilruter AS
4187 Ombo

Innklaget: Ryfylke Miljøverk IKS
4130 Hjelmeland

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder:

Egenregi. Beregning av terskelverdier. Inhabilitet.

Bakgrunn

Ryfylke Miljøverk IKS (heretter kalt "innklagede") er et interkommunalt selskap som eies av kommunene Kvitsøy, Hjelmeland, Finnøy, Suldal, Strand og Forsand. Innklagede organiserer renovasjonstjenester for eierkommunene. I tillegg eier innklagede ulike mottaks- og sorteringsanlegg for avfall. Frem til 1.1.2003 sto innklagede selv for driften av anleggene.

Fra 1.1.2003 ble driften av anleggene samt utstyr og personell overført til et privat aksjeselskap, Ryfylke Renovasjon AS (heretter kalt "RR"). Innklagede eier 34 % av aksjene i RR, mens to andre private selskaper innen transportsektoren eier de resterende aksjene med 33 % hver. I tillegg til driften av anleggene har RR påtatt seg ulike oppdrag for innklagede knyttet til transport av avfall.

Rørheims Bilruter AS (heretter kalt "klager") har tidligere hatt en rekke oppdrag for innklagede knyttet til transport av avfall, herunder utleie av containere. I forbindelse med at RR overtok driften av anleggene, ble klager orientert i brev fra RR om at utleieavtalen med

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

klager ble sagt opp. Bakgrunnen for dette var at RR ønsket å bruke egne containere ved driften av anleggene.

Den 18.3.2003 ba innklagede om pristilbud på 14 ulike oppdrag om transport av avfall. Oppdragene hadde en varighet fra 1.4.2003 til 1.10.2003. Hvert av transportoppdragene var beskrevet i et eget brev, utformet på samme måte og med samme dato. Innklagede anslo de to største oppdragene til henholdsvis kr. 40.000 og kr. 170.000. De øvrige oppdragene var sporadiske og av mindre verdi. Oppdragene skulle utføres i Suldal, Hjelmeland, Forsand og Finnøy, alle i Rogaland fylkeskommune. Ulike typer avfall måtte til dels transporteres separat.

Anmodningen om pristilbud ble sendt til fem leverandører, herunder til klager og RR. Frist for å komme med tilbud var 25.03.2003. Klager leverte inn tilbud. I brev av 28.3.2003 ble klager orientert om at oppdragene var blitt fordelt på tre selskaper, noen gikk til klager, de fleste til RR.

Daglig leder hos innklagede er styremedlem i RR. Da RR utarbeidet sitt tilbud, deltok han ikke i prosessen. Han var videre på ferie da pristilbudene kom inn til innklagede, og så derfor ikke de ulike tilbudene før de forelå samlet. Det var imidlertid han som underskrev brevet av 28.03.2003.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Avtalen mellom innklagede og RR om drift av avfallsanleggene ble inngått i strid med lov om offentlige anskaffelser. Det er ikke grunnlag for å legge driften til RR som ledd i egenregi. Det samme gjelder de store og små oppdragene som innklagende løpende har tildelt RR.

Anskaffelsen av de 14 transportoppdragene skjedde også i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Det er i realiteten tale om én anskaffelse av transport av avfall, og anskaffelsen overstiger således kr. 200 000. Alle oppdragene skal foregå innenfor et avgrenset geografisk område og tildeles av samme oppdragsgiver etter samme behandlingsmåte. I meddelelsen om valg av tilbud behandles alle oppdragene under ett.

Anskaffelsen ble ikke kunngjort, og det er ikke utarbeidet noe konkurransegrunnlag eller angitt noen kriterier for valg av tilbud. Klagers tilbud hadde laveste pris samlet sett, og klager skulle således vært tildelt oppdraget. Tilbudsfristen var for øvrig uforsvarlig kort. Innklagede har brutt en rekke regler i anskaffelsesregelverket, herunder også plikten til å begrunne valg av tilbud. Det valgte tilbudets priser skulle dessuten vært opplyst etter at klager ba om konkret informasjon om dette.

Tilbudet fra RR skulle uansett vært avvist som følge av inhabilitet. Innklagedes daglige leder er også styremedlem i RR.

Klagenemnda bes uttale seg om hvilke konsekvenser innklagedes feil får for inngåtte kontrakter og om erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

Avtalen om drift av anleggene er et resultat av en omorganisering, herunder overføring av ansatte og utstyr til RR, samtidig som innklagede overtok 34 % av aksjene i RR. Kontrakten må ses i sammenheng med dette, og faller da utenfor regelverket for offentlige anskaffelser.

Driftsavtalen kunne uansett vært inngått med RR på en måte som ikke ville vært i strid med regelverket. Driftsavtalen har en varighet på seks år, noe som er en vanlig kontraktsperiode. Avtalen kan lyses ut til andre ved utløp av kontraktsperioden.

De andre oppdragene som RR har fått direkte, er også et ledd i omorganiseringen og vil bli utlyst gjennom konkurranse når man ser det reelle behovet i en fremtidig organisasjonsløsning. De 14 transportoppdragene må vurderes hver for seg, slik at det enkelte oppdragets verdi ikke overstiger kr. 200 000. Det kunne dermed benyttes direkte anskaffelse. Det er tale om kortvarige avtaler om transport av forskjellige typer avfall som krever ulike kjøretøy, med ulik frekvens og geografi. Det er stor avstand mellom de aktuelle kommunene, med til dels dårlig veistandard. Transportene går ikke til samme avfallsområdet.

Det var følgelig ikke noe krav om kunngjøring. Tilbudsforespørselen oppfylte kravene til utforming av et konkurransegrunnlag. Pris alene skulle tillegges vekt. Tilbudsfristens lengde var tilstrekkelig, og leverandørene fikk tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud. Uansett har innklagedes behandlingsmåte ikke vært til skade for klager. Innklagede tilbød leverandørene revisorbekreftelse på at laveste tilbyder er valgt. Ingen av leverandørene har bedt om dette. Innklagede ønsker utover dette ikke å opplyse om priser av hensyn til de anbudskonkurranser man har til hensikt å gjennomføre om kort tid.

Det foreligger ikke inhabilitet som følge av at innklagedes daglige leder var styremedlem i RR. Konkurransen var basert på laveste pris. Det er derfor ikke tale om en avgjørelse basert på skjønn. Innklagedes daglige leder har ikke hatt tilknytning til saken på en slik måte at det kunne "påvirke hans standpunkt". Det foreligger heller ikke andre forhold som tilsier at han skulle ha veket sete.

Klagenemndas vurdering:

Klager har dels deltatt i konkurransen om de 14 transportoppdragene, dels vært en potensiell leverandør for så vidt gjelder de øvrige oppdragene som er tildelt RR direkte. Videre har klager opplyst at han ville hatt interesse av å konkurrere også om driften av avfallsanleggene. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at klager har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Kontrakt om drift av anleggene

Klagenemnda legger til grunn at kontrakten om drift av anleggene er en prioritert tjeneste, jf. forskriftens § 2-4 kategori (16). Klagenemnda antar ut fra det opplyste at verdien overstiger terskelverdiene i forskriftens del II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2. Det er således reglene i forskriftens del II som kommer til anvendelse.

Forskrift om offentlige anskaffelser gjelder ved tildeling av gjensidig bebyrdende kontrakter, jf. § 1-3 (1) og § 1-4 bokstav a). Dersom en oppdragsgiver velger å utføre arbeidet selv (i egenregi), foreligger det ingen kontrakt, og regelverket kommer da ikke til anvendelse. Regelverket gjelder imidlertid som hovedregel når oppdragsgiver vil inngå kontrakter med andre juridiske personer. Utgangspunktet er derfor at innklagede ikke kunne inngå kontrakt om drift av anleggene direkte med RR, uten å følge regelverkets krav til konkurranse.

Spørsmålet er så om oppdragsgivers eierandel og eventuelle kontroll over RR tilsier at man likevel må anse tildelingen av de aktuelle oppdrag som egenregi, slik innklagede har anført.

Grensen mellom egenregi og kontraktstildeling synes nå langt på vei avklart i EF-domstolens praksis. Domstolen har i sak C-107/98 (Teckal) lagt til grunn at en oppdragsgiver på nærmere vilkår kan tildele en kontrakt også til en annen juridisk person uten at regelverket kommer til anvendelse. Forutsetningen er for det første at oppdragsgiver har en kontroll over leverandøren som er like sterk som den oppdragsgiver har over egne interne organer. I tillegg må oppdragsgiveren stå for det vesentligste av leverandørens omsetning, i praksis ansett for å utgjøre mer enn 80 %. Det er oppdragsgiver som må dokumentere at både kravet til kontroll og kravet til intern omsetning er oppfylt slik at forholdet kan bli å betrakte som egenregi og dermed kunne gjennomføres uten utlysning av konkurranse.

Utgangspunktet er etter nemndas oppfatning at en eierandel på 34 % i et selskap ikke gir en så sterk kontroll at det første vilkår for direkte tildeling av kontrakter i tråd med EF-domstolens praksis er oppfylt. Det er heller ikke opplyst om noen andre konkrete omstendigheter som skulle tilsi at oppdragsgiveren, til tross for den beskjedne eierandelen, skulle ha en så sterk kontroll. Klagenemnda finner derfor at RR er tildelt kontrakten om drift av anleggene i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Det er her uten betydning om RRs oppdragsmengde hovedsakelig gjelder innklagede. Det har i dette tilfellet heller ikke betydning at kontrakten var ledd i en omorganisering hvor også utstyr og personell ble overtatt av RR.

Direkte tildeling av kontrakten innebærer således et brudd på forskriftens § 4-1 (1).

Øvrige oppdrag

Klagen retter seg inn mot to ulike forhold. Det ene gjelder løpende bestillinger av store og små oppdrag, uten noen formell kontrakt. Det andre gjelder konkurransen om de 14 transportoppdragene.

Så langt klagenemnda kan se, retter de 14 transportoppdragene seg inn mot samme leverandørmarked. Verken geografiske forhold eller forskjellen i avfallstyper eller kjøretøy er av en slik art at det er tale om forskjellige typer tjenestekontrakter. Transportoppdragene ble tildelt samtidig av samme leverandør.

Klagenemnda legger til grunn at det er tale om ensartede tjenester, og at verdien av oppdragene derfor må regnes sammen ved vurderingen av anskaffelsens verdi, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (5). Verdien overstiger da beløpsgrensen på kr. 200.000, jf. forskriftens § 11-2 (1) a), og konkurransen ble derfor gjennomført i strid med regelverket, jf. forskriftens § 11-1. Klagenemnda finner ikke grunn til å gå inn på alle de enkeltstående feil det her kan være tale om.

Når det gjelder de løpende bestillingene av store og små oppdrag, finner klagenemnda at mye kan tale for at også disse må ses i sammenheng ved beregning av terskelverdiene. Det nære samarbeidet mellom innklagede og RR, gjør det nærliggende å si at det foreligger en felles forståelse mellom partene om at bestillinger av denne typen skal tildeles RR. For løpende oppdrag, f.eks. leie av containere, kan ordningen bære mer preg av en uformell rammeavtale enn av sporadiske enkeltkjøp. Beregningsmetoden i forskriftens § 2-3 (7) er i så fall anvendelig, i alle fall for deler av oppdragene.

Klagenemnda har få opplysninger om disse løpende bestillingene. Klagenemnda finner det tilstrekkelig å peke på at selv om kontrakter under kr. 200.000 eks. mva. kunne vært ansett som dekket av hjemmelen for å foreta mer uformelle direktekjøp etter forskriftens § 11-2, er

også slike anskaffelser underlagt det generelle prinsipp om konkurranse, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1.

På bakgrunn av klagenemndas vurderinger ovenfor, er det unødvendig å gå nærmere inn på habilitetsspørsmålet, jf forvaltningsloven § 6. Det bemerkes imidlertid at det fort kan oppstå habilitetsproblemer når oppdragsgivers daglige leder sitter som styremedlem hos leverandøren. Det vises også til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten) hvor det fremgår at habilitetsvurderingen generelt er strengere når det foreligger en konkurransesituasjon enn ellers.

De feil innklagede har begått, kan ikke sees å få direkte konsekvenser for avtaler som er inngått. Klagenemnda finner det ikke naturlig i en sak som denne å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Klagenemnda forstår innklagede slik at både driftsavtalen og oppdrag som knytter seg til transport av avfall, i fremtiden vil bli utlyst for konkurranse i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda legger dette til grunn, men vil likevel be innklagede opplyse om driftsavtalen vil kunne sies opp og lyses ut på nytt før det er gått seks år.

Konklusjon:

Ryfylke Miljøverk IKS har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 ved inngåelsen av avtalen med Ryfylke Renovasjon AS om drift av avfallsmottakene.

Ryfylke Miljøverk IKS antas å ha brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 ved å tildele Ryfylke Renovasjon visse løpende oppdrag knyttet til transport av avfall, derunder leie av containere, uten å gjennomføre en konkurranse i tråd med regelverket.

Ryfylke Miljøverk IKS har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 ved uformelt å sende ut en invitasjon til å gi tilbud på 14 transportoppdrag, uten å følge regelverkets prosedyrer for gjennomføring av konkurranser.

Klagenemnda ber opplyst innen 1.11.2003 hva som vil bli gjort med driftsavtalen.

For klagenemnda,

Inger Marie Dons Jensen

22.9.2003.