



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Romerike Avfallsforedling IKS et gebyr på 600 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester. Gebyret utgjorde ca. syv prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 23. april 2012 i sak 2011/209

Klager: Bentzen Transport AS

Innklaget: Romerike Avfallsforedling IKS

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Bentzen Transport AS (heretter kalt klager) sendt ved e-post 26. juli 2011. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Romerike Avfallsforedling IKS' (heretter kalt ROAF eller innklagede) anskaffelse av renovasjonstjenester.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 600 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede er et interkommunalt selskap eid av kommunene Enebakk, Fet, Gjerdrum, Lørenskog, Nittedal, Rælingen, Skedsmo og Sørumsund. Innklagede kunngjorde 10. desember 2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av renovasjonstjenester i ROAF-kommunene Enebakk, Lørenskog og Rælingen. I kunngjøringen punkt II.1.3) og II.1.8.1) var det angitt at anskaffelsen gjaldt en tjenestekontrakt tilhørende tjenestekategori 16, med CPV-klassifisering 90121120.
- (4) I kunngjøringen punkt II.2) "*MENGDE ELLER OMFANG AV KONTRAKTEN*" var det verken oppgitt "*[t]otal mengde eller omfang*" av kontrakten, eller gitt en beskrivelse av "*[o]psjoner. Beskrivelse og tid når de kan bli utført*". I punkt II.3) "*VARIGHET AV KONTRAKT ELLER FRIST FOR UTFØRELSE*" var det oppgitt at kontrakten skulle ha startdato 1. september 2004 og sluttdato 31. august 2009. Det var videre verken i punkt II.2) eller i punkt II.3) inntatt en henvisning til konkurransegrunnlaget. En slik henvisning var imidlertid inntatt under flere av punktene under seksjon III om juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske krav til tilbyderne.

- (5) Av kunngjøringen punkt IV.3.2) "*Betingelser for å få utlevert konkurransegrunnlag og ytterligere dokumenter*" fremgikk at pris for å få utlevert disse dokumentene var 1 000 kroner. Videre fremgikk at betaling skulle skje ved krysset sjekk sendt vedlagt påmelding, og at sjekken ble returnert ved korrekt inngitt tilbud.
- (6) Av kunngjøringen punkt VI.4) fremgikk det at det ville bli avholdt en tilbudskonferanse hos innklagede 8. januar 2004.
- (7) I konkurransegrunnlaget datert 16. desember 2003 1.1 "*Innledning*" var det oppgitt at konkurransen ville bli gjennomført i henhold til forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser. Videre fremgikk følgende om renovasjonsoppdraget:
- "Innsamling og transport av husholdningsavfall (restavfall og papir) i Enebakk, Lørenskog og Rælingen kommuner.*
- Det må også påregnes å samle inn noe næringsavfall, for eksempel fra skoler, sykehjem, butikker o.a."*
- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 "*Partsbenevnelser*" fremgikk at "*kjøper av nevnte arbeider, i dette tilfellet ROAF, [vil] bli benevnt som "oppdragsgiver"*".
- (9) I konkurransegrunnlaget punkt 3 "*KONTRAKTSBESTEMMELSER*", underpunkt 3.27 "*27 Kontraktstid*" – E" fremgikk en tabell hvor det var oppgitt at dato for "*[i]verksettelse innsamling*" var 1. september 2004 og at dato for "*[k]ontraktsopphør*" var 31. august 2009. Videre fremgikk at "*[o]psjon forlengelse*" var ett pluss ett år. Videre var det presisert at oppdragsgiver "*har opsjon (ensidig rett) til å forlenge kontrakten i 1+1 år utover kontraktsopphør på samme vilkår og priser som denne kontrakt. I så tilfelle må oppdragsgiver varsle oppdragstaker senest 6 måneder før kontraktsopphør*".
- (10) RenoNorge AS (som skiftet navn til RenoNorden AS 5. november 2008) (heretter kalt valgte leverandør) vant anbudskonkurransen, og kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble signert henholdsvis 9. mars 2004 og 10. mars 2004. Av kontrakten punkt 3 "*Kontraktstid*" fremgikk følgende:
- "Alle arbeider i forbindelse med mobilisering av oppdraget startes opp ved kontraktsinngåelse og oppdragstaker skal sette i gang innsamling og transport av avfall fra og med 01.09.2004. Kontrakten gjelder uten oppsigelse fram til og med 31.08.2009.*
- Oppdragsgiver har opsjon (ensidig rett) til å forlenge kontakten i 1+1 år utover kontraktsopphør på samme vilkår og priser som for denne kontrakt. I slikt tilfelle må oppdragsgiver varsle oppdragstaker senest 6 måneder før kontraktsopphør.*
- For øvrig vises det til kap. 3.27 i konkurransegrunnlaget."*
- (11) Innklagede sendte et brev til valgte leverandør 5. februar 2009 hvor det ble vist til "*kontrakt for innsamling og transport av husholdningsavfall i Enebakk, Lørenskog og Rælingen kommune, pkt. 3.27*", og videre uttrykt at innklagede "*ønsker å benytte seg av opsjon og forlenger avtalen for 1 år fram til og med 31/8-2010*". Valgte leverandør svarte ved brev datert 13. februar 2009, hvor det fremgikk at selskapet "*tar kontraktsforlengelsen til etterretning, og ser frem til et fortsatt godt samarbeid*".

- (12) Innklagede sendte et brev til valgte leverandør 1. mars 2010 hvor det fremgikk følgende: *"ROAF IKS viser til kontrakt om "Innsamling og transport av avfall i kommunene Enebakk, Rælingen og Lørenskog". Med henvisning til kontraktens pkt. 3 forlenger ROAF kontrakten med 1 år, fram til og med 31.08.2011".* Valgte leverandør besvarte ved brev datert 4. mars 2010: *"Vi tar dette til etterretning og takker for den tilliten som uttrykkes gjennom ønsket om å forlenge avtalen."*
- (13) Innklagede kunngjorde en anbudskonkurranse for innsamling og transport av husholdningsavfall i blant annet kommunene Enebakk, Lørenskog og Rælingen (kontraktsområde 1) 19. april 2011. Av konkurransegrunnlaget datert 15. april 2011 fremgikk av punkt 2.27 *"27 Kontraktstid" – E* at kontrakten for kontraktsområde 1 skulle ha oppstart 1. september 2011 og opphør 31. august 2013, med opsjon på forlengelse i inntil 12 måneder. RenoNorden AS ble innstilt som vinner av konkurransen for kontraktsområde 1. Konkurransen ble senere avlyst av innklagede på grunn av feil i konkurransegrunnlaget. Klager hadde deltatt i konkurransen, og innklagede sendte 27. juni 2011 et brev til klager der det ble orientert om avlysningen. Innklagede opplyste at valgte leverandør hadde gjort innklagede oppmerksom på at det var angitt motstridende opplysninger med hensyn til tømmehyppighet i konkurransegrunnlaget grunnet en formelfeil i et regneark. Av brevet fremgikk videre:

"AVLYSNING AV KONKURRANSEN

Da tilbudsfristen er gått ut, er det for oppdragsgiver ikke anledning til å rette dette forholdet i konkurransegrunnlaget, jf. også konkurransegrunnlagets pkt. 1.2.4.

Det vil heller ikke være mulig for oppdragsgiver å foreta avklaring med tilbyderne med tanke på hvilket beregningsgrunnlag de har basert sitt tilbud uten å komme i konflikt med forhandlingsforbudet.

Da det er knyttet usikkerhet til hvordan tilbyderne har beregnet sin tilbudspris, og på hvilket grunnlag, vil det heller ikke være "utvilsomt" hvordan feilen skal rettes, jf. FOA § 21-1.

Ovennevnte feil ligger hos oppdragsgiver, og det er for oppdragsgiver nærliggende å legge til grunn at feilen har hatt betydning for de inngitte tilbud, og derigjennom også evalueringen av disse, særlig sett hen til at tildelingskriteriet pris er vektet med 70 %.

Oppdragsgiver ser på denne bakgrunn ingen annen mulighet enn å avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning, jf. FOA § 22-1.

NY KONKURRANSE FOR SAMME ANSKAFFELSE

Oppdragsgiver har nå konstatert feilen i foreliggende konkurransegrunnlag, og konkludert i forhold til hva som er riktig beregningsgrunnlag.

Oppdragsgiver vil derfor i august kunngjøre ny konkurranse for samme anskaffelse, hvor feilen er rettet opp.

Oppdragsgiver beklager det inntrufne, men har til hensikt å foreta aktuelle anskaffelse (kunngjøres i august). Oppdragsgiver håper derfor at alle tilbydere finner det

interessant å delta i denne anbudskonkurransen, og imøteser nytt tilbud innen ny tilbudsfrist."

- (14) Ved e-post 24. juni 2011 ba innklagede valgte leverandør *"om at renovasjonskontrakten for kommunene Enebakk, Rælingen og Lørenskog forlenges fram til og med fredag 13. april 2012"*. Videre fremgikk at innklagede *"forutsetter at dagens priser, og med indeksregulering fastsatt i kontrakten, fortsatt gjelder"*.
- (15) Valgte leverandør svarte ved e-post samme dag hvor det fremgikk at valgte leverandør *"aksepterer en forlengelse av dagens kontrakt i kommunene Lørenskog, Rælingen og Enebakk frem til og med 13.04.2012 på gjeldende betingelser med indeksregulering i henhold til nevnte kontrakt"*.
- (16) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved e-post 26. juli 2011 med påstand om at det forelå ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester. Innklagede ble varslet om klagen i brev fra klagenemndas sekretariat 3. august 2011.
- (17) Innklagede kunngjorde en ny konkurranse vedrørende innsamling og transport av husholdningsavfall i blant annet kommunene Enebakk, Rælingen og Lørenskog (kontraktsområde 2) 23. august 2011, og inngikk på bakgrunn av konkurransen kontrakt med valgte leverandør (RenoNorden AS), signert henholdsvis 25. og 30. januar 2012. Av konkurransegrunnlaget punkt 2.27 *"27 Kontraktstid" – E* og kontrakten punkt 4 *"KONTRAKTSTID"* fremgikk at kontrakten skulle ha oppstart 16. april 2012 og opphør 31. august 2013, med opsjon på forlengelse i inntil tolv måneder.
- (18) I e-post til klagenemndas sekretariat 13. februar 2012 har innklagede etter spørsmål fra sekretariatet opplyst at *"[e]stimert avtaleverdi ble vurdert til årlig å ligge mellom kroner ca. 7-9 mill basert på tidligere anskaffelser"*. Summen er oppgitt eksklusiv merverdiavgift.
- (19) I brev til klagenemndas sekretariat 28. februar 2012 har innklagede opplyst å ha betalt 12 068 263,69 kroner eksklusiv merverdiavgift til valgte leverandør i perioden 1. september 2009 til 31. august 2010, og 10 935 031,73 kroner eksklusiv merverdiavgift i perioden 1. september 2010 til 31. august 2011.
- (20) Klagenemnda sendte 8. mars 2012 et varsel til innklagede om ileggelse av overtredelsesgebyr pålydende 650 000 kroner, noe som utgjorde ca. syv prosent av anskaffelsens verdi. Innklagede ble gitt en frist til 26. mars 2012 til å komme med eventuelle kommentarer til varselet. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 23. mars 2012, sendt som vedlegg til e-post 26. mars 2012. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler.
- (21) I kommentaren til varselet ble det også opplyst følgende om feilen i konkurransegrunnlaget som var bakgrunnen for avlysningen av konkurransen kunngjort 19. april 2011:

"Feilen som oppsto skyldtes en formelfeil i et MS Excel regneark som ble brukt for å beregne volumer og priser. Regnearket ble utarbeidet og raffinert gjennom arbeidet med konkurransegrunnlaget. I denne forbindelse ble det også testet. Utfordringen var imidlertid at man, som ofte er tilfelle, fikk korrigeringer mht. antall abonnenter, tømmesteder, antall beholdere av forskjellige størrelser osv. som gjorde det nødvendig

med endringer. Dette er helt normalt, men det ligger i sakens karakter at det fra tid til annen kan snike seg inn feil. Det bemerkes i denne sammenheng at det ikke er uvanlig at tabeller og regneark for beregning av priser mv. endres også etter kunngjøringen, enten fordi oppdragsgiver oppdager det eller fordi tilbyderne oppdager det i forbindelse med at de utarbeider tilbud. I den foreliggende saken ble oppdragsgiver først oppmerksom på feilen da tilbyderen som i utgangspunktet vant konkurransen gjorde oppdragsgiver oppmerksom på det etter tilbudsfristens utløp."

- (22) I e-post til sekretariatet 19. april 2012 har innklagede bekreftet at kontrakten med valgte leverandør opphørte 13. april 2012. Videre er det opplyst at innklagede har betalt 8 553 577,94 kroner eksklusiv merverdiavgift til valgte leverandør for perioden 1. september 2011 til 13. april 2012, med forbehold for endringer etter siste bilagsdato som var 4. april 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (23) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester i perioden etter kontraktsperioden på den kunngjorte kontrakten løp ut, det vil si fra og med 31. august 2009. I kunngjøringen stod det tydelig at varigheten på kontrakten var fra 1. september 2004 til 31. august 2009, og det stod ikke nevnt noe om at oppdragsgiver har rett til å forlenge kontrakten utover den nevnte periode.

Innklagedes anførsler:

- (24) Innklagede bestrider at det er grunnlag for å ilegge gebyr etter loven § 7b, da det ikke foreligger brudd på regelverket. Det er korrekt at selve kunngjøringen ikke inneholdt informasjon om at innklagede skulle ha rett til å forlenge kontrakten ut over opprinnelig periode som utløp 31. august 2009, men det fremgikk klart av konkurransegrunnlaget at innklagede hadde opsjon på ett pluss ett års forlengelse. At opsjonen ikke ble tatt med i kunngjøringen var en feil som innklagede beklager. I kunngjøringen er det imidlertid flere ganger vist til konkurransegrunnlaget. Aktører som var interessert i oppdraget, fikk derfor korrekt informasjon.
- (25) Når det gjelder forlengelsen av avtalen i perioden 2009 til 2011, vises det til at det er adgang til å gjøre mindre justeringer i kontrakten, så lenge endringene ikke blir så omfattende at det er tale om vesentlige endringer, se blant annet EU-domstolens uttalelse i sak C-91/08 premiss (38). Det følger av uttalelsen at en endring i inngått avtale er vesentlig når andre leverandører kunne deltatt i konkurransen, eller det kunne blitt antatt et annet tilbud enn det som ble valgt. I dette tilfellet vil en eventuell endring da innebære at varigheten på kontrakten er endret fra fem til syv år. Klager og andre leverandører var kjent med opsjonen. Det er usannsynlig at en forlengelse fra fem til syv år har betydning for hvem som deltok i denne konkurransen. Det gjøres subsidiært gjeldende at en eventuell endring fra det som er kunngjort derfor ikke kan anses som vesentlig.
- (26) Når det gjelder forlengelsen til 13. april 2012, anføres det at det var adgang til å forlenge avtalen i medhold av forskriften § 14-4 bokstav d, og at innklagede dermed ikke har brutt regelverket. Det vises til at bakgrunnen for å forlenge avtalen med valgte leverandør var at innklagede så seg nødt til å avlyse konkurransen kunngjort 19. april

2011. Det oppstod da et umiddelbart behov for å få levert tjenester i perioden før ny kontrakt var på plass, og det var da ikke tid til å overholde fristene i forskriften. Det er utvilsomt at dette er et særlig forhold. Videre er det et faktum at feil unntaksvis vil kunne skje og det er etter innklagedes skjønn ikke noe som kan legges innklagede til last. Feilen er således ikke noe som skyldes innklagede, og heller ikke noe innklagede kunne forutse. Bakgrunnen for at det ikke var tid til å konkurranseutsette tjenesten er at det tar tid for en leverandør å anskaffe de maskiner og materiell som skal til for å kunne levere tjenesten. I tillegg tar det en viss tid å gjennomføre konkurranse. Klageneemnda har i varselet lagt til grunn en svært streng tolkning av unntaksbestemmelsen, og tolkningen går vesentlig lenger enn det som er nødvendig for å unngå omgåelser.

- (27) Bestemmelsen er den eneste hjemmel som kan brukes dersom en konkurranse må avlyses på grunn av forhold som helt eller delvis kan tilbakeføres til oppdragsgiver eller tilbydere. Slike avlysningsgrunner kan dekke svært forskjellige faktiske omstendigheter, som forsettlige regelverksbrudd, uklarheter eller feil i konkurransegrunnlaget og feil i tilbudene, og årsaksforholdet kan være komplekst. Ofte vil nok oppdragsgiver ha vært uaktsom, men det er ikke tvilsomt at avlysning også vil kunne være nødvendig i tilfeller der oppdragsgiver har handlet aktsomt, men likevel har risikoen for feilen eller forholdet som fører til at konkurransen må avlyses.
- (28) I foreliggende sak er formelfeilen i regnearket et forhold som innklagede har risikoen for. Det var imidlertid ikke gitt at feilen måtte føre til avlysning. Det kunne argumenteres for at tilbyderne selv måtte regne på sine tilbud, og at tilbyderne således var ansvarlig for prisene som ble tilbudt og at tilbyderne selv måtte ha risikoen for å legge til grunn tallene regnearket ga. Synspunktet er da at innklagede er ansvarlig for at evalueringen av tilbudene til slutt blir korrekt, ikke at tilbyderne gjennom regnearket fikk ut den faktiske anbudspris. I saken foreligger således et blandet årsaksforhold som innklagede vurderte mulige konsekvenser av. Resultatet av vurderingen var at innklagede var usikker på om feilen kunne ha påvirket utformingen av tilbudene, og innklagede besluttet avlysning.
- (29) Oppdragsgiver må i slike tilfeller ofte foreta et vanskelig valg mellom å avlyse, med de ulemper dette medfører for oppdragsgiver og tilbydere, eller å tildele kontrakt og risikere erstatningssøksmål. Det er ikke tvil om at slike avveininger og vurderinger kan være vanskelige, jf. at selv nemnda, med et sekretariat og nemndsmedlemmer som er eksperter på området, fra tid til annen avsier uttalelser som domstolene underkjenner. Innklagede foretok et valg som innklagede fortsatt mener er korrekt. Innklagede kan imidlertid ikke se at feilen var uaktsom, da det ble benyttet eksterne rådgivere med nødvendig kompetanse og jobbet systematisk med modellen og testet den.
- (30) Nemndas tolkning av bestemmelsen innebærer at selv oppdragsgivere som gjør store anstrengelser for å gjennomføre konkurranser etter regelverket blir lovbytere, dersom en konkurranse må avlyses på grunn av forhold som oppdragsgiver helt eller delvis har risikoen for, selv om oppdragsgiver har handlet aktsomt. Verken omgåelseshensyn eller hensynene bak regelverket for øvrig tilsier en slik tolkning. Tvert i mot er det gode grunner som taler for at regelen ikke bør tolkes slik. Videre synes Førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-148/04 å stå i direkte motstrid til den linje nemnda har valgt. Dommens hovedbegrunnelse synes å være at en samarbeidspartner trakk seg fra den opprinnelige konkurransen og dermed forsinket anskaffelsesprosedyren i slik grad at den ikke kunne gjennomføres hurtig nok til at en annen leverandør enn den eksisterende kunne overta de omstridte leveransene. Dommen

anerkjenner dermed at bestemmelsen om hasteprosedyre kan komme til anvendelse ved uforutsette omstendigheter som oppdragsgiver som utgangspunkt må ha risikoen for, og at det ikke uten videre kan hevdes at det kan planlegges for alle eventuelle feil som kan oppstå. Det er også et viktig moment i denne dommen at konsekvensene av den uforutsette hendelsen ville blitt store om midlertidig kontrakt ikke var blitt inngått.

- (31) Annen praksis om bestemmelsen er ikke sammenlignbar med foreliggende sak. I sakene EU-domstolen har behandlet om § 14-4 bokstav d (anskaffelsesdirektivet artikkel 31 bokstav c), har grunnen til en hasteanskaffelse vært dårlig planlegging av den forutgående prosess, klare omgåelsestilfeller eller blandede årsakssammenhenger, der andre offentlige organer har forårsaket tidsnød. I alle sakene er det tydelig at domstolen har ment at det enten var elementer av dårlig planlegging eller at det var årsaksforhold som, om domstolen hadde akseptert dem, ville medført omgåelsesfare. Det vises til sakene C-318/94, C-394/02 og C-385/02.
- (32) Innklagede har utarbeidet et konkurransegrunnlag som i stort sett alle henseender var forbilledlig, men det oppstod en feil i en formel et regneark, selv om det ble tatt alle rimelige forholdsregler for å sikre at det ble korrekt. Da feilen ble oppdaget, ble det vurdert om denne kunne ha påvirket utfallet av konkurransen. Dette var ingen enkel vurdering. Innklagede konkluderte med at risikoen for at feilen kunne ha påvirket utformingen av tilbudene var så stor at konkurransen måtte avlyses; en vanskelig vurdering som uansett ville bli oppfattet som urettferdig av noen.
- (33) Feilen som førte til avlysningen og den relativt kortvarige forlengelsen, fremstår som unnskyldelig. Å finne at unntaket ikke får anvendelse på et slikt tilfelle, fremstår som en urimelig snever tolkning av unntaket, som ikke er nødvendig på basis av foreliggende rettspraksis og ordlyd. Det vises i denne sammenheng til at omgåelseshensynet ikke gjør seg gjeldende i saken når feilen var unnskyldelig. EU-domstolens avgjørelser kan i denne forbindelse ikke forstås slik at det stilles et helt formalistisk krav til årsakssammenheng. Avgjørelsene bygger alle på at oppdragsgiver, eventuelt i samhandling med andre offentlige organer, burde ha handlet annerledes. Det vises i denne sammenheng også til T-148/04.
- (34) Når det gjelder kravet om at oppdragsgiver ikke kunne forutse feilen, kan dette ikke vurderes ut fra en alminnelig sannsynlighet for at feil vil forekomme. Det må foretas en konkret vurdering. I den aktuelle sak er det ingenting som tyder på at innklagede ikke forsøkte å utarbeide et korrekt konkurransegrunnlag. Tvert i mot ble det gjort anstrengelser for å gjennomføre en korrekt anskaffelsesprosess, og anskaffelsesprosessen fremstår som ryddig og korrekt, selv om det var en feil i regnearket. Når innklagede gjennomførte en god anskaffelsesprosess, fremstår det som fremmed å si at innklagede kunne forutsi at det kunne resultere i avlysning. En generell risiko for at uhell, klager eller lignende kan inntre, kan ikke være nok til at vilkåret er oppfylt. Det må kreves at det er konkrete forhold ved gjennomføringen som tilsier at dette er en aktuell mulighet, for eksempel dårlig planlegging, lite gjennomarbeidet konkurransegrunnlag mv. Dette synes å ha vært tilfellet i alle EU-domstolens avgjørelser.
- (35) Bestemmelsens siste vilkår om at det var umulig å overholde forskriftenes frister, må åpenbart være tilfredsstilt, ettersom innklagede ikke kunne la være å sørge for at avfallet ble innsamlet.

- (36) Nemnda legger til grunn at avlysning er noe en oppdragsgiver må regne med kan skje, underforstått at oppdragsgiver må sette av tid til å gjennomføre en anskaffelse minst to ganger. Dette resonnementet fremstår som uheldig, da konkurranser kan bli avlyst utelukkende på grunn av forhold som skyldtes feil i tilbudene, og at også slike feil vil anses forutsigbare om uttalelsene i varselet legges til grunn.
- (37) Nemdas tolkning kan ikke henføres under EU-domstolens avgjørelser, hvor det er lagt til grunn at artikkel 31 bokstav c ikke får anvendelse ved dårlig planlegging. Disse avgjørelsene gjelder dårlig planlegging av den prosessen som leder frem til eller gjelder selve anskaffelsesprosessen, for eksempel at det ikke er satt av nok tid til forskriftsmessig klagebehandling. Det er ikke tilfellet i foreliggende sak, jf. at anskaffelsen ble gjennomført innenfor den avsatte tid slik at det var fullt realistisk å tro at kontrakt kunne tildeles før eksisterende kontrakt løp ut.
- (38) Den regel som oppstilles i varselet, er dramatisk, da den innebærer at oppdragsgivere må beregne dobbelt så lang tid for samtlige anskaffelser enn det forskriften krever. En så omfattende plikt må kreve endring av reglene. Innholdet i den oppstilte regelen er for øvrig meget uklart, ved at det ikke er gitt hva slags forhold som i så fall må anses som forutsigbare, og som oppdragsgiver skal ta høyde for. Det kan stilles spørsmål ved om oppdragsgivere skal ta hensyn til risiko for midlertidige forføyninger, saksbehandlingstiden til nemnda, tvisteløsning for domstolene inkludert ankebehandling. Alle disse omstendigheter inntreffer med ubehagelig hyppighet, selv for oppdragsgivere som bruker store ressurser på å gjennomføre anskaffelser i henhold til regelverket.
- (39) Det er ikke slik at det "bare" er å sette av mer tid eller starte tidligere for å oppfylle det krav nemnda nå står i fare for å oppstille. Sett i forhold til riktig prising, prisjusteringer mv., vil kunngjøring lang tid i forveien ofte utgjøre en ulempe og usikkerhet, både for oppdragsgiver og tilbydere. Eksisterende leverandør mister motivasjon dersom leverandøren vet at leveransen skal avsluttes lang tid i forveien mv. På områder der det skjer en rask utvikling med hensyn til tjenester, utstyr mv., vil det også kunne være uheldig å gå ut tidligere enn man må. Innklagede kan verken se at det foreligger en hjemmel for å oppstille et slikt krav, eller at et slikt krav er ønskelig ut fra hensynene bak reglene.
- (40) Hensynet bak reglene om at unntaket skal tolkes snevert vil uansett oppfylles dersom oppdragsgiver pålegges å sannsynliggjøre at oppdragsgiver ikke har forårsaket behovet for hasteanskaffelse gjennom uaktsomhet. En slik regel fremstår å være i tråd med både ordlyd og formålet bak regelen, og vil ikke ha de betenkeligheter som den rettsforståelse som er kommet til uttrykk i varselet av nemnda.
- (41) Selv om § 14-4 bokstav d ikke skulle få direkte anvendelse, gir bestemmelsen uttrykk for en anerkjennelse av at uforutsette situasjoner kan oppstå. Dette må være et helt sentralt hensyn ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, og også ved utmåling av et eventuelt gebyr.
- (42) Det anføres videre at skyldkravet i loven § 7b første ledd ikke er oppfylt, og at det dermed ikke er grunnlag for å ilegge gebyr. Når det gjelder hvilke handlinger som må anses som grovt uaktsomme, vises det til Rt. 1989 s. 1318, hvor det fremgår at det kreves et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. At en oppdragsgiver kan havne i en situasjon hvor en konkurranse må avlyses, og dermed bli tvunget til å foreta

en anskaffelse som senere viser seg å være i strid med regelverket, er etter innklagedes skjønn ikke enopptreden som kan karakteriseres som et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte.

- (43) Etter innklagedes skjønn avviker forståelsen i den foreliggende sak også fra nemndas praksis. Det kan vises til avgjørelsen i sak 2011/149, hvor det ikke ble ansett som grovt uaktsomt at et heleid kommunalt foretak ikke hadde ansett seg omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Varslet om gebyr i foreliggende sak, hvor innklagede lojalt har forsøkt å innrette seg etter anskaffelsesregelverket, gir uttrykk for en langt videre forståelse av begrepet grovt uaktsomt enn hva som er tilfelle i sak 2011/149.
- (44) I foreliggende sak foretar nemnda en rent teknisk vurdering av forskriften § 14-4 bokstav d, uten å vurdere om handlingen er av en slik karakter at den er "straffverdig". Det er imidlertid ikke alle tilfeller av ulovlige direkte anskaffelser som er like åpenbare. Det vil i prinsippet alltid foreligge en ulovlig direkte anskaffelse, der oppdragsgiver er av den oppfatning at vilkårene for å anvende hasteprosedyre er oppfylt, men en domstol kommer til et annet resultat. Nemnda synes å legge til grunn at enhver slik anskaffelse vil være grovt uaktsom. Det anføres imidlertid at dette må vurderes konkret, og at ikke enhver feil vil være grovt uaktsom. I foreliggende sak er det ganske klart at innklagede har forsøkt å følge reglene og at hva som må karakteriseres som et hendelig uhell fører til ileggelse av gebyr. I denne saken fremstår ikke innklagedes handlinger som grovt uaktsomme, og gebyr kan ikke sees å ha noen preventiv effekt.
- (45) Videre anføres det at det ikke er grunnlag for å ilegge gebyr i saken, jf. ordlyden "*kan*" i loven § 7b. Av forarbeidene fremgår at bestemmelsens formål først og fremst er å forhindre omgåelser av regelverket. Det er på det rene at innklagede avholdt ny konkurranse om innhenting av husholdningsavfall i kommunene Enebakk, Lørenskog og Rælingen når den første avtalen bortfalt. Innklagede så imidlertid ingen annen utvei enn å avlyse konkurransen når det viste seg å være en feil i konkurransegrunnlaget. Avlysningen satte innklagede i en umulig situasjon, og innklagede var derfor nødt til å forlenge den eksisterende kontrakten for å minimere skadene ved den oppståtte situasjon. Selv om dette skulle være i strid med regelverket, er det ingen grunn til å gi innklagede overtredelsesgebyr. Innklagede har ikke forsøkt å omgå regelverket ved å foreta en direkte tildeling uten å åpne for konkurranse. Det er viktig å peke på at den opprinnelige kontrakt bygger på et innkjøp i tråd med regelverket. Regelverket er lojalt forsøkt fulgt, i den grad det kan konstateres brudd på regelverket skyldes det at uforutsette omstendigheter oppstod. Gitt de uforutsette omstendigheter opptrådte innklagede så lojalt som mulig mot regelverket. Innklagede har ingen historikk med brudd på regelverket, og det er ikke tale om gjentakelse av en ulovlig direkte anskaffelse. I denne saken har innklagede etter beste evne forøkt å følge regelverket. Det kan således ikke sees å ha noen preventiv effekt å ilegge gebyr i det foreliggende tilfellet. De preventive hensyn vil bli ivaretatt ved at nemnda eventuelt skulle komme til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, som i seg selv utgjør et brudd på regelverket. At nemnda ilegger gebyr i slike tilfeller, skaper en rettstilstand som ikke stemmer med den alminnelige rettsfølelse.
- (46) Dersom klagenemnda skulle komme til at gebyr skal ilegges, gjøres det gjeldende at det foreslåtte gebyr er alt for høyt.

Klagenemndas vurdering:

Klagefrist og adgang til å ilegge overtredelsesgebyr

- (47) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.
- (48) Av klagenemndsforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsene fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved e-post 26. juli 2011, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 3. august 2011. Sistnevnte dato er altså utgangspunktet for beregningen av toårsfristen, og klagenemnda har således myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for kontrakt(er) inngått etter 3. august 2009.
- (49) Klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse foretatt etter 31. august 2009. I foreliggende sak er det inngått tre kontrakter om renovasjonstjenester mellom innklagede og valgte leverandør etter kontraktsinngåelsen i mars 2004; innløsning av opsjon henholdsvis 5. og 13. februar 2009 og 1. og 4. mars 2010 og forlengelse av avtalen 24. juni 2011. Innløsningen av det første opsjonsåret er dermed foreldet, ettersom avtalen ble inngått før 3. august 2009. For de øvrige to kontraktene er klagen rettidig.
- (50) Nemnda bemerker i tillegg at konkurransen som ble kunngjort 10. desember 2003, med påfølgende kontraktsinngåelse i mars 2004, ble kunngjort og gjennomført før gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser trådte i kraft (1. januar 2007), og ble dermed regulert av den tidligere forskriften, forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser (heretter også kalt forskrift 2001). Anskaffelsen gjaldt kjøp av renovasjonstjenester for husholdningsavfall, og ble dermed ansett som en prioritert tjeneste, jf. forskrift 2001 § 2-4. Verdien av kontrakten var etter det opplyste estimert til å være mellom syv og ni millioner kroner eksklusiv merverdiavgift per år. Anskaffelsen fulgte dermed forskrift 2001 del I og II, jf. forskrift 2001 § 2-1 (2) jf. §§ 2-2 og 2-3.
- (51) For å ta stilling til hvorvidt det i foreliggende sak er foretatt ulovlig direkte anskaffelse etter 31. august 2009, vil nemnda først ta stilling til hvorvidt den opprinnelige kontraktsinngåelsen, hvor det ble inngått kontrakt med opsjon på forlengelse i ett pluss ett år uten at denne opsjonen var kunngjort, var en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt kontrakten inngått etter den kunngjorte konkurransen av 10. desember 2003 utgjør en ulovlig direkte anskaffelse

- (52) Det er på det rene at kontrakten som ble inngått mellom innklagede og valgte leverandør gjaldt for fem år med opsjon på forlengelse i ett pluss ett år, og at opsjonen på forlengelse ikke var kunngjort. Det første spørsmålet blir om innklagedes unnlatelse av å kunngjøre opsjonen på forlengelse i kunngjøringen av 10. desember 2003 utgjør et brudd på regelverket.

- (53) Av forskrift 2001 § 6-2 fremgikk det at en oppdragsgiver som ønsket å tildele en kontrakt ved åpen anbudskonkurranse, skulle gjøre dette kjent i en kunngjøring i samsvar med § 6-4. Av § 6-4 (1) fremgikk at oppdragsgiver skulle *"utarbeide en kunngjøring i samsvar med skjemaer fastsatt av Moderniseringsdepartementet"*. I dette skjemaet (kunngjøringen som er sendt inn til klagenemnda) punkt II.2), vedrørende mengde eller omfang av kontrakten, var det oppstilt følgende to underpunkter: II.2.1) *"Total mengde eller omfang"* og II.2.2) *"Opsjoner. Beskrivelse og tid når de kan bli utført"*.
- (54) Dette innebærer at innklagede hadde en plikt til å oppgi kontraktens samlede varighet, inkludert eventuelle opsjoner. Innklagedes unnlatelse av å gjøre dette utgjør således et brudd på forskrift 2001 §§ 6-2 jf. 6-4.
- (55) Det neste spørsmålet blir så om innklagedes inngåelse av kontrakt inkludert opsjon på forlengelse i ett pluss ett år, uten at denne opsjonen var kunngjort, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (56) Dette spørsmålet er ikke direkte regulert verken i loven eller forskrift 2001, men det foreligger både klagenemndspraksis og rettspraksis.
- (57) Klagenemndas sak 2003/277 gjaldt en situasjon der det i kunngjøringen kun var oppgitt at konkurransen gjaldt vareanskaffelse av datakommunikasjonsutstyr. Anskaffelsen inneholdt imidlertid også et betydelig tjenesteelement. Klagenemnda fant da at innklagede hadde brutt forskrift 2001 §§ 4-1 og 6-2 ved at tjenstedelen ikke var kunngjort. Saken ble også behandlet av Høyesterett i Rt. 2008 s. 982, som kom til samme resultat som klagenemnda. Det ble i dommen premiss (46) også uttalt at når kommunen inngikk kontrakt, ble det i realiteten foretatt en *"forskriftsstridig direkteanskaffelse"*.
- (58) Det følger videre av klagenemndas praksis tilhørende forskrift 2001, jf. sak 2006/22 premiss (28), at *"Kravene til likebehandling, forutberegnelighet og konkurranse i lovens § 5, jf. forskriftenes § 3-1, kan tilsi at vesentlige endringer i kontraktsvilkårene i forhold til konkurransegrunnlagets forutsetninger må føre til at det utlyses en ny konkurranse, jf. klagenemndas uttalelser i sak 2004/14 premiss (16), hvor det uttales at først når endringene er vesentlige skjer det i realiteten en ny tildeling av kontrakt som må følge regelverket for offentlige anskaffelser."*
- (59) Videre er det i EU-domstolens sak C-454/06 ("presstext") uttalt følgende:
- "34 Med henblik på at sikre gennemsiktighet 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 i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).*
- 35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere*

end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale.

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser."

- (60) Både saken i 2006/22 og EU-domstolens avgjørelse gjaldt endringer gjort i kontraksperioden, men tilsvarende må gjelde også for endringer gjort i anbudsdokumentene i perioden fra kunngjøring til avtaleinngåelse, jf. klagenemndas sak 2010/179 premiss (62) med videre henvisninger. Også det foran siterte premiss 35 i EU-domstolens avgjørelse synes å tale for dette, jf. formuleringen "*hvis de hadde fremgået af den oprindelige procedure for inngåelse af en aftale*". Videre er dommen avsagt på bakgrunn av det nå opphevede EF-direktiv 92/50, som forskrift 2001 bygger på. Tilsvarende er lagt til grunn i nyere praksis fra klagenemnda, som blant annet i sak 2008/5 premiss (56) og 2009/46 premiss (63), hvor det ble lagt til grunn at inngåelse av en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (61) På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at inngåelse av en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse både etter forskrift 2001 og gjeldende forskrift.
- (62) Dette innebærer altså at det avgjørende for hvorvidt det i foreliggende sak er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved innklagedes inngåelse av kontrakt inkludert opsjon på forlengelse i ett pluss ett år, beror på om den inngåtte kontrakt må anses vesentlig forskjellig fra den kunngjorte kontrakt (uten opsjon på forlengelse).
- (63) Innklagede har gjort gjeldende at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom det av konkurransegrunnlaget fremgikk at innklagede hadde opsjon på forlengelse av kontrakten i ett pluss ett år, og at det i kunngjøringen flere steder var vist til konkurransegrunnlaget. Til dette bemerkes at det av kunngjøringsskjemaets punkt II.2) fremgikk klart at eventuelle opsjoner skulle oppgis. Dette var ikke gjort. Videre var det verken i punkt II.2) eller II.3) gitt en henvisning til konkurransegrunnlaget, noe som var gjort i andre deler av kunngjøringen. At opplysningene om opsjonene var inntatt i konkurransegrunnlaget, kan derfor ikke reparere mangelen ved kunngjøringen og innebære at det på dette grunnlag ikke kan foreligge en ulovlig direkte anskaffelse.
- (64) Det avgjørende blir altså hvorvidt den inngåtte kontrakt er vesensforskjellig fra den kunngjorte kontrakt. Hva som skal anses som vesentlig, må avgjøres etter en vurdering i det enkelte tilfellet, jf. klagenemndas sak 2010/7 premiss (62). Ved vurderingen må det tas stilling til om de foretatte endringene er av en slik karakter, både i art og omfang, at den inngåtte kontrakten i realiteten representerer en ny kontrakt som skulle vært

kunngjort i samsvar med regelverket, det vil si om kontrakten som er inngått, fremstår som den som ble kunngjort, jf. tilsvarende resonnement i klagenemndas sak 2010/7 premiss (62), hvor det konkret gjaldt grensen for lovlig endring i kontraktsvilkår.

- (65) En betydelig forlengelse av en kontrakts varighet, og dermed også en økning av kontraktens verdi, kan i det konkrete tilfellet innebære at avtalen er vesentlig endret. Det kan i denne sammenheng vises til klagenemndas sak 2004/14 der en vesentlig prisendring var tilstrekkelig til at avtalen ble ansett som vesentlig endret. Kontrakten i foreliggende sak var kunngjort som en femårig kontrakt, med en årlig estimert verdi på mellom syv og ni millioner kroner eksklusiv merverdiavgift, altså en totalverdi på inntil 45 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift. Den inngåtte kontrakten hadde en varighet på inntil syv år, det vil si en totalverdi på inntil 63 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift. Det vil si at verdien og lengden på den inngåtte kontrakten kunne utgjøre et tillegg på inntil 40 prosent på den kontrakten som ble kunngjort, dersom opsjonene ble innløst. Innløsning av opsjonene var imidlertid en rett som ensidig tillå innklagde, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.27. For tilbyderne var det dermed uvisst om kontrakten ville bli forlenget, og en eventuell forlengelse var utenfor tilbyderens kontroll. Tilbyderne måtte derfor forholde seg til at kontrakten hadde fem års varighet, og en eventuell forlengelse ville etter omstendighetene kun være en bonus. På denne bakgrunn kan nemnda ikke se at forskjellen mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget skulle ha avholdt potensielle tilbydere fra å delta i konkurransen. Dette taler mot at det er foretatt en vesentlig endring, jf. i denne retning uttalelsen i EU-domstolens sak C-454/06 ("presstext") premiss 35.
- (66) Videre ble det ikke foretatt noen endringer i den inngåtte kontrakten hva gjelder hvilke tjenester som skulle utføres og på hvilke vilkår disse skulle utføres, sammenlignet med det som var kunngjort, ettersom opsjonene kunne utløses *"på samme vilkår og priser som for denne kontrakt"*, jf. kontrakten punkt 3 *"Kontraktstid"*. Dette taler også for at det ikke er foretatt en vesentlig endring.
- (67) Etter en helhetsvurdering er klagenemnda kommet til at den inngåtte kontrakt ikke kan anses vesentlig forskjellig fra den kunngjorte. Innklagedes kontraktsinngåelse etter den kunngjorte konkurransen av 10. desember 2003 utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt innklagedes innløsning av opsjonene på forlengelse av kontrakten utgjør ulovlige direkte anskaffelser

- (68) Innklagedes innløsning av opsjonene på forlengelse av kontrakten skjedde henholdsvis 5. og 13. februar 2009 og 1. og 4. mars 2010. Den første opsjonsinnløsningen skjedde forut for 3. august 2009, jf. premiss (48) foran, og denne kontraktsinngåelsen er derved foreldet og vil ikke bli gjenstand for videre behandling.
- (69) Spørsmålet i det følgende blir om innklagedes innløsning av det andre opsjonsåret på forlengelse av kontrakten utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (70) Dette spørsmålet er ikke regulert verken i loven eller forskriften. I klagenemndas sak 2008/205 premiss (47) uttalte imidlertid nemnda at innløsning av opsjon nedfelt i en kontrakt som var en ulovlig direkte anskaffelse, representerte en ny ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak er det slått fast at kontrakten som hjemler opsjonene ikke var en ulovlig direkte anskaffelse. Da kontrakten opsjonen var nedfelt i ikke representerer en ulovlig direkte anskaffelse, må innklagde ha anledning til å innløse

opsjonene. Innklagede har derfor ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å innløse disse.

Hvorvidt det er foretatt ulovlig direkte anskaffelse etter utløpet av opsjonstiden

- (71) Av avtalen med valgte leverandør fremgår det at avtalens varighet (inklusive opsjoner) var frem til 31. august 2011. I e-post fra innklagede 24. juni 2011 ble eksisterende leverandør forespurt om å forlenge daværende avtale "*frem til og med fredag 13. april 2012*". Klagenemnda forstår dette slik at avtalen med valgte leverandør ble forlenget fra og med 1. september 2011, på samme vilkår som i den opprinnelige avtalen. Spørsmålet for nemnda blir da om forlengelsen av kontrakten for perioden 1. september 2011 til 13. april 2012 må anses som tildeling av ny kontrakt, slik at innklagede hadde plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen og om unnlatelsen av dette da utgjør en ny ulovlig direkte anskaffelse.
- (72) Dette spørsmål er ikke direkte regulert i verken loven eller forskriften.
- (73) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 26 fremgår det at en forlengelse av en kontrakts varighet, uten at det foreligger opsjon på slik forlengelse i den opprinnelige kontrakt, i realiteten innebærer at det er inngått en ny kontrakt.
- (74) Sue Arrowsmith uttaler følgende om partenes adgang til å forlenge en kontrakt i "*The Law of Public and Utilities Procurement*", 2005, side 292-293:

"The most straightforward case is where the possibility of extension was not referred to in the notice. As a general rule, this probably involves a new "contract" under the regulations, so that the regulations must be followed if the extension exceeds the threshold (as will often be the case under the aggregation rules). This will apply regardless of whether the original contract was subject to the regulations, since the value and status of the new contract alone is relevant. In the author's view, this should be subject to a de minimis principle, to balance the policy behind the EC rules with the need of commercial practice, but it is not clear whether or not the courts will accept this."

- (75) I klagenemndas sak 2011/8 ble en avtale forlenget fra 1. august 2009 til 1. februar 2010, altså seks måneder, uten at det var hjemmel for slik forlengelse i avtalen. I premiss (28) slår nemnda fast at "*på bakgrunn av det som fremkommer av praksis fra EU-domstolen, forarbeidene og juridisk teori, finner klagenemnda at varigheten av forlengelsen tilsier at innklagede i realiteten tildelte Persontransport en ny kontrakt, jf. også klagenemndas sak 2009/97 premiss (30)-(33). Innklagede hadde dermed plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen av denne kontrakten*". Tilsvarende ble lagt til grunn i sak 2011/220 premiss (38), hvor en rekke avtaler var forlenget på ubestemt tid uten at det var hjemmel for slik forlengelse i avtalene.
- (76) I foreliggende sak ble avtalen forlenget fra 1. september 2011 frem til 13. april 2012, det vil si ca. syv og en halv måned, uten at det var hjemmel for slik forlengelse i avtalen. På bakgrunn av det som fremkommer av forarbeidene, juridisk teori og sak 2011/8, finner klagenemnda at innklagede i realiteten tildelte valgte leverandør en ny kontrakt, jf. også klagenemndas saker 2009/97 premiss (30) til (33) og 2011/220 premiss (38). Innklagede hadde dermed plikt til å følge regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingen av denne kontrakten.

- (77) Spørsmålet blir dernest om innklagedes unnlatelse av å kunngjøre den nye kontrakten er en ulovlig direkte anskaffelse etter loven § 7b.
- (78) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på minst 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskriften § 9-1/§ 18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.
- (79) For perioden 1. september 2011 til 13. april 2012 har innklagede etter det opplyste betalt totalt 8 553 577,94 kroner eksklusiv merverdiavgift til valgte leverandør for utførelsen av renovasjonstjenestene. På den bakgrunn er det ikke tvilsomt at anskaffelsen, etter sin art og anslåtte verdi, følger lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 (4) jf. § 2-2 (1). Anskaffelsen skulle dermed som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 18-1.
- (80) Innklagede har imidlertid hevdet at det forelå hjemmel for direkte anskaffelse i forskriften § 14-4 bokstav d. Av denne bestemmelsen fremgår det at en oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom det på grunn av *"særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift"*. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at vilkårene for at bestemmelsen skal få anvendelse er strenge, og at det skal mye til for at det kan sies å foreligge *"særlige forhold"*, jf. sak 2010/221 premiss (52).
- (81) I Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2006, punkt 7.4.5 er det uttalt følgende om unntakshjemmlene i § 14-4: *"EF-domstolen har fleire gonger understreka at dei tilsvarende føresegnene i EU-direktiva er uttømmende unntaksreglar som må fortolkast restriktivt, og at det er oppdragsgivaren som må vise at vilkåra er oppfylt."* Videre er det uttalt blant annet følgende om § 14-4 bokstav d:
- "Det må for det første liggje føre særlege forhold, noko som skal mykje til. Det mest praktiske er truleg å krevje at liv og helse står på spel. Det er til dømes tilfelle dersom det på grunn av force majeure liknande forhold, altså hendingar som jordskjelv, flaum, brann eller liknande, er nødvendig å gjennomføre ei anskaffing for å få hand om livsnødvendige varer som til dømes medisinar, matforsyning eller liknande. [...]"*
- Andre uføresette omstende enn force majeure liknande forhold kan òg oppfylle vilkåret om slike særlege forhold. Det kan til dømes vere tilfelle dersom leverandøren til oppdragsgivaren uventa går konkurs, eller dei tilsette hos leverandøren streikar og det medfører fare for liv og helse. Sterkt politisk press for å få eit prosjekt raskt gjennomført er derimot ikkje tilstrekkeleg grunnlag for å bruke unntaksføresegna.*
- Oppdragsgivaren må kunne gjere sannsynleg at dei særlege forholda ikkje skuldast oppdragsgivaren. Dersom årsaka til at det hastar, er at oppdragsgivaren burde ha planlagt anskaffinga betre, kan ikkje føresegna brukast."*
- (82) Det første spørsmålet blir dermed om det forelå slike *"særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse"*, som kunne gi innklagede rett

til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, da kontrakt ble inngått med valgte leverandør for perioden 1. september 2011 til 13. april 2012.

- (83) Innklagede har i denne sammenheng vist til en avgjørelse fra Førsteinstansdomstolen i sak T-148/04, hvor det ble akseptert at vilkårene for hasteprosedyre var oppfylt, og anført at denne synes å stå i strid med nemndas uttalelser i varselet om gebyr. I sak T-148/04 hadde Kommisjonen kunngjort en konkurranse for inngåelse av en rammeavtale om levering av reisebyrå tjenester på vegne av seg selv og flere fellesskapsinstitusjoner. Kommisjonen avlyste denne konkurransen fordi enkelte av institusjonene likevel ikke ønsket å delta, og det ble deretter kunngjort en ny konkurranse i henhold til kunngjøringsreglene. Dette innebar forsinkelser i den opprinnelige tidsplanen, og var en av grunnene til at Kommisjonen anvendte hasteprosedyren for å inngå en midlertidig kontrakt med leverandøren som var antatt å ha det økonomisk mest fordelaktige tilbud i konkurranse nummer to. EU-domstolens begrunnelse for å godta den midlertidige direkte anskaffelsen synes å være at enkelte av de opprinnelige fellesskapsinstitusjonene hadde trukket seg på kort varsel, og at disse konkrete omstendighetene ikke kunne forutsees og ikke skyldtes kommisjonen som oppdragsgiver. Det vises til domstolens uttalelse innledningsvis i premiss 96: *"Med hensyn til betingelsen om, at begivenheden skal være uforudseelig og ikke kan tilskrives den ordregivende myndighed, bemærkes, at det var som følge af andre institutioners beslutning om at ikke at deltage i udbuddet, at Kommisjonen [...] offentliggjorde en ny udbudsbekendtgørelse, hvilket medførte en forskydning af tidsplanen"*. I premiss 99 uttales videre at *"Kommissionen ikke har spillet nogen rolle i forbindelse med de nævnte beslutninger om ikke at deltage i udbuddet, som ikke kan tilskrives den, og som var uforudseelige"*. Videre dreide det seg om en helt kortvarig og midlertidig kontrakt (ca. 1,5 måned) om kjøp av en tjeneste som var svært viktig for utøvelsen av oppdragsgivers virksomhet. På denne bakgrunn kan nemnda ikke se at sak T-148/04 er sammenlignbar med foreliggende sak, ei heller at den er i strid med varselet om gebyr. Innklagede er ansvarlig for utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, og dermed også for eventuelle feil eller mangler i dette. Slik saken er opplyst, kan klagenemnda ikke se at det forhold at den kunngjorte konkurransen inneholdt feil i konkurransegrunnlaget som medførte at konkurransen ble besluttet avlyst, kan anses som et *"særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse"*.
- (84) Klagenemnda er enig med innklagede i at EU-domstolens avgjørelser i sakene C-318/94, C-394/02 og C-385/02 ikke er sammenlignbare med foreliggende sak. I samtlige saker kom EU-domstolen til at vilkårene for å anvende hasteprosedyre ikke var oppfylt. I sak C-318/94, som gjaldt en situasjon der gjennomføringen av et prosjekt var avhengig av godkjenning fra regionale myndigheter, kom EU-domstolen til at det forhold *"at et organ, der skal godkende et projekt, rejser invendinger inden den herfor fastsatte dato af grunde, som den har ret til at gøre gældende"* utgjør *"en forudseelig faktor i gennemførelsen af proceduren for godkendelse av planerne."*, jf. premiss 18 og 19. I sak 394/02, om den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsdirektivet, uttalte domstolen at det forhold at en godkjennende myndighet setter frister for gjennomføringen av et prosjekt må regnes som en forutsigbar begivenhet. Selv om disse sakene ikke er direkte relevante for vår sak, viser de at terskelen for at unntaksbestemmelsen i § 14-4 bokstav d skal komme til anvendelse er høy, herunder at det stilles strenge krav til forberedelser og hva som må anses forutsigbart ved gjennomføringen av en anskaffelsesprosess.

- (85) Nemnda vil i den forbindelse spesielt henlede oppmerksomheten på at innklagede i foreliggende sak kun hadde beregnet ca. fire måneder fra kunngjøring til ny kontrakt skulle være på plass, hvorav siste del var midt i sommerferien. Dette kan ikke anses tilstrekkelig for en tjeneste som det for innklagede og samfunnet er avgjørende viktig blir gjennomført kontinuerlig. Det bemerkes i den forbindelse at innklagede har beregnet ca. åtte måneder i den neste konkurransen fra kunngjøring til kontrakt skal være på plass. Innklagede har videre selv også poengtert at det tar tid å konkurranseutsette denne typen tjenester, blant annet fordi det er tidkrevende for leverandører å anskaffe maskiner og materiell. Oppdragsgiver har selv ansvaret for å beregne tilstrekkelig tid til konkurranseutsetting. Og dersom det er satt av for knapt med tid, må oppdragsgiveren som den store hovedregel bære risikoen for at det inntreffer begivenheter som medfører at tidsskjemaet for en konkurranseutsetting sprekker. Dette må under enhver omstendighet gjelde i denne saken, hvor det er oppdragsgiverens egen feil i konkurransegrunnlaget som leder til at konkurransen må avlyses.
- (86) Spørsmålet om hvorvidt oppdragsgiver har opptrådt aktsomt, i dette tilfelle om innklagede opptrådte aktsomt ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget og behandlingen av avlysningsspørsmålet, er ikke relevant ved vurderingen av hvorvidt unntaket fra kunngjøringsplikten i § 14-4 bokstav d kommer til anvendelse. Aktsomhetsvurderingen skjer i tilknytning til bedømmelsen av om skyldkravet er oppfylt, og i vurderingen av om gebyr skal ilegges og ved utmålingen av et eventuelt gebyr.
- (87) Klagenemnda er etter dette kommet til at unntaket i § 14-4 bokstav d ikke kommer til anvendelse.
- (88) Innklagede har ikke påberopt seg noen av de øvrige unntakene i § 14-4, og nemnda kan heller ikke se at noen av disse skulle være aktuelle i denne saken. Ettersom verdien av anskaffelsen overstiger kunngjøringsgrensen, har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester ved å unnlate å kunngjøre den nye kontrakten.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (89) Skyldkravet for å kunne ilegge overtredelsesgebyr er at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt *"forsettlig eller grovt uaktsomt"*, jf. loven § 7b første ledd.
- (90) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) er det nærmere redegjort for skyldkravet, og følgende fremgår på side 26:
- "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 uaktsomt. 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."*
- (91) Spørsmålet blir hvorvidt innklagede opptrådte *"forsettlig eller grovt uaktsomt"* ved forlengelsen av avtalen 24. juni 2011 for perioden 1. september 2011 til 13. april 2012.

- (92) Innklagede har fremholdt at klagenemndas vurdering av skyldkravet i varselet om overtredelsesgebyr representerer et avvik fra nemndas tidligere praksis, og har i denne sammenheng vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2011/149. I den saken var det anført at den innklagede parten, et skisenter, hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser, ettersom angjeldende kontrakter ikke var kunngjort, og skisenteret måtte anses som et offentligrettslig organ. Klagenemnda kom *"under tvil"* til at skisenteret var å betrakte som et offentligrettslig organ, jf. forskriften § 1-2 (2), som dermed pliktet å følge regelverket, jf. premiss (38). Det forelå således ulovlige direkte anskaffelser for kontraktene med verdi over nasjonal terskelverdi, jf. premiss (45) og (46). Under skyldvurderingen presiserte klagenemnda innledningsvis at saken gjaldt *"et selskap som for en stor del er drevet gjennom dugnad og frivillighet, og at dette etter omstendighetene i saken har betydning for rolleforventningen til innklagede"*, jf. premiss (47). Nemnda kom i samme premiss til at *"ettersom klagenemnda finner klassifiseringen av selskapet noe tvilsom, finner ikke nemnda tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at det er utvist grov uaktsomhet fra innklagedes side"*. I foreliggende sak foreligger det ikke noen tilsvarende tvil om de rettslige vurderingene, og det foreligger dermed heller ikke noen tvil med hensyn til kunngjøringsplikten som kan sammenlignes med situasjonen i sak 2011/149. Nemnda legger til grunn at innklagede var fullt ut kjent med anskaffelsesregelverkets kunngjøringsplikt. Innklagede må videre ha vært kjent med at anskaffelsens verdi godt oversteg terskelverdien for kunngjøringsplikt, jf. for eksempel at anskaffelsen i 2003/2004 hadde en årlig estimert verdi på syv til ni millioner kroner eksklusiv merverdiavgift. Rolleforventningene til innklagede er dermed av en helt annen karakter i foreliggende sak, enn de var til innklagede i sak 2011/149.
- (93) Innklagede har anskaffet renovasjonstjenester i det minste siden 2004, etter gjennomføring av en anbudskonkurranse. Kontraktene som løp ut 31. august 2011 hadde vart fra 1. september 2004. Innklagede hadde dermed etter nemndas syn god tid på seg til å gjennomføre ny konkurranse før utløpet av avtalene med de eksisterende leverandørene 31. august 2011. Slik det fremstår for nemnda, ble den ulovlige direkte anskaffelsen foretatt fordi innklagede måtte foreta et dekningskjøp av renovasjonstjenester etter at konkurransen kunngjort 19. april 2011 ble avlyst. Nemnda legger til grunn at innklagede hadde en intensjon om at ny kontrakt, tildelt i henhold til konkurranse og kunngjort i tråd med anskaffelsesregelverket, skulle ha virkning fra 1. september 2011, men at innklagede så ikke lyktes med dette.
- (94) Klagenemnda vil i den sammenheng påpeke at det er oppdragsgivers ansvar å planlegge og påbegynne prosessen med en ny anskaffelse i tilstrekkelig god tid før en eksisterende kontrakt utløper, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/249 premiss (37). I herværende sak var det tale om anskaffelse av renovasjonstjenester, som innklagede hadde et kontinuerlig og kritisk behov for. Anskaffelsen var også av høy verdi. Det var således åpenbart at innklagede ikke kunne ha noe opphold i leveranser av renovasjonstjenester. Likevel ble ny konkurransen om levering av renovasjonstjenester først kunngjort 19. april 2011, det vil si i overkant av fire måneder før den nye avtalen måtte tre i kraft. Tatt i betraktning at nye leverandører kan trenge tid til oppstartsforberedelser, fremstår fire måneder fra kunngjøring til oppstartstidspunkt, hvor deler av perioden også er midt i sommerferien, som altfor kort tid for denne typen kontrakt. Dette illustreres også ved at kontrakten som ble inngått etter den konkurransen som ble kunngjort 23. august 2011, først har oppstart 16. april 2012, altså om lag åtte måneder etter kunngjøringsdatoen. Innklagede har videre selv også poengtert at det tar tid å konkurranseutsette denne typen

tjenester, blant annet fordi det er tidkrevende for leverandører å anskaffe maskiner og materiell. Når det gjelder den etterfølgende avlysningen av konkurransen, skyldtes den en feil i en formel i et regneark i konkurransegrunnlaget som ble brukt for å beregne volum og pris. Bakgrunnen for feilen var at innklagede *"fikk korrigeringer mht. antall abonnenter, tømmesteder, antall beholdere av forskjellige størrelser osv. som gjorde det nødvendig med endringer"*, jf. innklagedes brev 23. mars 2012. Slik saken er opplyst, finner klagenemnda at innklagede selv må bære risikoen for den etterfølgende avlysningen. Ved planleggingen og gjennomføringen av en konkurranse må oppdragsgivere uansett ta i betraktning mulighetene for avlysninger/forsinkelser på grunn av feil i konkurransegrunnlaget eller lignende, klager fra tilbydere og så videre. Det vil være oppdragsgivers risiko ikke å ta tilstrekkelig høyde for slike situasjoner. Selv om nemnda har forståelse for at innklagedes situasjon var prekær når det først viste seg at innklagede ikke ville rekke å få plass kontrakter inngått iht. den kunngjorte konkurranse innen 1. september 2011, skyldes dette etter nemndas syn at innklagede ikke hadde startet den nye anskaffelsesprosessen tidlig nok.

- (95) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes handlemåte ved tildelingen av den nye kontrakten til eksisterende leverandør i det minste var grovt uaktsom. Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (96) Det følger av loven § 7b første ledd at oppdragsgiver *"kan"* ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, *"forsettlig eller grovt uaktsomt"* foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Avgjørelsen av om det skal ilegges gebyr beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning"*, jf. § 7b andre ledd.
- (97) I Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført *"for å sikre større etterlevelse av regelverket"*. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas sak 2010/24 premiss (42) med videre henvisninger.
- (98) I klagenemndas sak 2007/90 premiss (52) uttalte nemnda følgende om bakgrunnen for adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser:

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

- (99) Inngåelsen av den nye avtalen med valgte leverandør fra 1. september 2011 til 13. april 2012, må som nevnt anses som tildeling av en ny kontrakt. I denne saken inngikk innklagede den nye kontrakten med valgte leverandør helt uten konkurranse. Nemnda er av den oppfatning at den ulovlige direkte anskaffelsen ble foretatt som følge av mangelfull planlegging fra innklagedes side. Det er tale om en anskaffelse av relativt

høy verdi, jf. premiss (22), som innklagede utvilsomt har et kontinuerlig og sterkt behov for. Dette skjerper kravene til innklagedes planlegging av nye anskaffelser. Hensynet til gebyrets preventive virkning gjør seg derfor etter nemndas syn gjeldende. Nemnda viser videre til at plikten til å kunngjøre konkurranse for anskaffelser over terskelverdi er absolutt, med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse. Kunngjøring av anskaffelser skal også ivareta flere hensyn enn de rent økonomiske, blant annet hensynet til allmennhetens tillit til at offentlige tjenesteoppdrag tildeles på en objektiv og nøytral måte, og hensynet til fremme av likebehandling mellom private leverandører, jf. loven § 1 og § 5.

- (100) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at det skal ilegges overtredelsesgebyr i denne saken for perioden 1. september 2011 til den ulovlige direkte anskaffelsen opphører 13. april 2012.

Gebyrets størrelse

- (101) Ved utmålingen av gebyret skal det legges vekt på de samme momenter som i spørsmålet om gebyr skal ilegges; overtredelsens grovhet, anskaffelsens størrelse, eventuelle gjentakelser av ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkning, jf. loven § 7b andre ledd. Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 7b andre ledd andre punktum.

- (102) I klagenemndas sak 2009/120 premiss (36) uttalte nemnda følgende om gebyrets størrelse:

"Siden klagenemnda 1. januar 2007 fikk myndighet til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, er det ilagt overtredelsesgebyr i elleve saker. I den første saken, 2007/19, la klagenemnda i formildende retning vekt på at ordningen med overtredelsesgebyr var ny. I sak 2008/5 og 2008/56 uttalte nemnda at reglene om overtredelsesgebyr nå måtte forutsettes kjent blant oppdragsgiverne. Siden disse sakene, som ble avgjort i juni og oktober 2008, er det ikke blitt færre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Både antall saker som klages inn for KOFA, og generell medieomtale viser at ulovlige anskaffelser foretas i et ikke ubetydelig omfang. De preventive hensyn bak overtredelsesgebyrene synes dermed ikke fullt ut å ha hatt ønsket effekt. På denne bakgrunn finner klagenemnda at gebyrpraksis bør skjerpes, og at satsene gradvis bør bli høyere. 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."

- (103) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på ca. 12,3 prosent av kontraktssummen. Skjerpingen av gebyrsatsen er blant annet fulgt opp i sakene 2010/222, 2010/305, 2010/306, 2011/13, 2011/19 og 2011/20, hvor det ble ilagt gebyrer for mellom 12 og 14 prosent av kontraktssummene/anskaffelsens anslåtte verdi for avtaleperioden. I klagenemndas sak 2008/205, som gjaldt innløsning av opsjon på forlengelse av en kontrakt som ble ansett som en ulovlig direkte anskaffelse, og 2011/8, som gjaldt inngåelse av ny kontrakt ved at den opprinnelige kontrakten ble forlenget uten at det var hjemmel for dette i den opprinnelige kontrakten, ble det ilagt gebyrer på henholdsvis ca. 8,5 og 10 % av anskaffelsens verdi. I sak 2011/220 var en rekke kontrakter forlenget på ubestemt tid uten at det var hjemmel for slik forlengelse i avtalene. Nemnda konkluderte med at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. På bakgrunn av

opplysninger fra den innklagede parten, la imidlertid nemnda til grunn at den ulovlig direkte anskaffelsen ville opphøre etter en begrenset periode på åtte måneder. Nemnda ila et gebyr på ca. syv prosent av anskaffelsens verdi.

- (104) Nemnda viser til vurderingen som er gjort når det gjelder skyldspørsmålet og hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr. Som det der fremgår, taler preventive hensyn og manglende konkurranse for at gebyret settes relativt høyt. Det kan her særlig trekkes frem anskaffelsens høye verdi, og at innklagede har et kontinuerlig og sterkt behov for leveranse av renovasjonstjenesten. Sistnevnte er et forhold som skjerper kravene til planlegging av nye anskaffelser, noe innklagede ikke synes å ha vektlagt når det kun ble avsatt ca. 4 måneder til gjennomføring av konkurransen, og at deler av denne perioden var i sommerferien. I formildende retning vektlegges det at innklagede har vist vilje til å etterleve anskaffelsesregelverket. Det vises her til at den ulovlige direkte anskaffelsen ble foretatt som et dekningskjøp etter at den kunngjorte konkurransen om levering av renovasjonstjenester fra 1. september 2011 ble avlyst, og deretter kunngjort på ny. Den ulovlige inngåtte kontrakten opphørte 13. april 2012, og den ulovlige direkte anskaffelsen opphørte dermed etter en begrenset periode på i underkant av åtte måneder. Nemnda har også forståelse for at innklagedes situasjon var prekær når det først viste seg at innklagede ikke ville rekke å få plass kontrakter inngått i henhold til den kunngjorte konkurranse innen 1. september 2011.
- (105) Klagenemnda finner at gebyret i foreliggende sak skjønnsmessig kan settes til 600 000 kroner. Dette utgjør ca. syv prosent av anskaffelsens verdi på 8 553 577,94 kroner eksklusiv merverdiavgift.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Romerike Avfallsforedling IKS ilegges et overtredelsesgebyr på 600 000

- sekshundretusen - 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.

23. april 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl