



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Oslo kommune et gebyr på 42 millioner kroner for ulovlig direkte anskaffelse av drosjetjenester under TT-ordningen. Klagenemnda fant at Oslo kommune hadde opptrådt grovt uaktsomt eller forsettelig ved at anskaffelsen av drosjetjenestene ikke var kunngjort i tråd med regelverket. Gebyret utgjorde cirka 13,9 prosent av kontraktens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 9. mars 2010 i sak 2009/144

Klager: ByTaxi AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger og Andreas Wahl

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

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra ByTaxi AS (heretter kalt klager), datert 16. juni 2009. Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at Oslo kommune (heretter kalt innklagede) ilegges et gebyr på 42 millioner kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b første ledd.

Bakgrunn:

- (2) Ved vedtak 24. juni 1974 opprettet og igangsatte innklagede en transporttjeneste for funksjonshemmede (heretter kalt TT-ordningen). Administrasjon av ordningen ble lagt til AS Oslo Sporveier.
- (3) AS Oslo Sporveier inngikk 26. juni 1991 kontrakt med Oslo Taxisentral (senere Oslo Taxi AS) om utførelse av drosjetjenester under TT-ordningen (heretter kalt TT-drosjetjenester). Av kontraktens punkt 18 fremgår det at begge parter kan si opp avtalen med tolv måneders varsel.
- (4) Drosjemarkedene i Norge er underlagt en rekke reguleringer, noe som blant annet innebar at Oslo Taxisentral var den eneste aktøren i markedet frem til 1998. Etter dette tidspunkt kom det flere aktører på markedet, først Norgestaxi Oslo AS og Taxi2, og sidene flere. Det er i dag totalt seks konkurrerende drosjeselskaper i Oslo, hvorav Oslo Taxi AS er det største.
- (5) Innklagede vedtok at administrasjon av TT-ordningen skulle overføres fra AS Oslo Sporveier til Samferdselsetaten med virkning fra 1. november 1997. Senere har

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

innklagede fattet flere vedtak om hvem som skal administrere ordningen, senest i 2004, da det ble bestemt at Helse- og velferdsetaten skulle ha ansvaret for ordningen fra 1. januar 2005.

- (6) Innklagedes byrådsavdeling for velferd og sosiale tjenester påla 13. juni 2005 Helse- og velferdsetaten å konkurranseutsette alle transportkontraktene for TT-ordningen. Helse- og velferdsetaten igangsatte i den forbindelse en kartlegging av et it-system for TT-ordningen. Oppdraget ble imidlertid redefinert i mars 2006, da det ble besluttet å se it-løsningen som en integrert del av anskaffelsen av bestillings- og planleggingstjenesten for TT-ordningen. Helse- og velferdsetaten ble deretter bedt om å utrede alternative modeller for gjennomføring av anskaffelsene. Helse- og velferdsetaten fant at en ny avtale for bestillings- og planleggingstjeneste og for korttjeneste, måtte anskaffes før nye transportavtaler kunne inngås. Bakgrunnen var at de daværende TT-kortene, som brukerne måtte ha for å benytte seg av TT-drosjetransport, ble produsert av Oslo Taxi AS, og da slik at de bare kunne benyttes i Oslo Taxi AS' drosjer.
- (7) Helse- og velferdsetaten hadde et ferdig utformet konkurransegrunnlag for anskaffelse av bestillings- og planleggingstjeneste, samt korttjeneste, klart for kunngjøring i juni 2007. Kunngjøringen ble imidlertid utsatt etter at bystyret 20. juni 2007, i sak 221/07, fattet følgende vedtak:

"[...]

1. Byrådet bes igangsette en evaluering av dagens TT-ordning. En slik evaluering må se på organisering, brukertilfredshet og omfang.

2. Byrådet utreder i hvilken grad det er mulig å koble løyvene og den generelle taxiforvaltningen til TT-transport med sikte på at alle taxier skal ha tilbud om TT-transport.

3. Byrådet utreder i hvilken grad en for TT-brukerne med behov for spesialtransport kan benytte minst 2 transportører.

4. Anbudskonkurranse på TT-transport utsettes inntil en slik utredning er forelagt bystyret."

- (8) Etter innklagedes vedtak, fikk et eksternt konsulentfirma i oppdrag å evaluere TT-ordningen i kommunen. Evalueringsrapporten om TT-ordningen, som ikke berørte spørsmålet om konkurranseutsetting, forelå i mars 2008. Saken ble behandlet politisk av byrådet 12. februar 2009, sak 24/09, der det ble avgitt innstilling om å fatte vedtak om å gjennomføre åpen anbudskonkurranse for TT-transport. Saken ble deretter behandlet av bystyret i møte 10. juni 2009, sak 187/09, der det ble truffet vedtak om at det skulle gjennomføres åpen anbudskonkurranse om TT-transport. Konkurransen er på tidspunktet for dette vedtak enda ikke kunngjort.
- (9) Innklagede har opplyst at kontrakten med Oslo Taxi AS ble sagt opp før 31. desember 2009, og løper da i følge avtalen med tolv måneders oppsigelsesfrist.
- (10) Innklagede har opplyst at nettokostnadene knyttet til kontrakten med Oslo Taxi AS de siste tre årene har vært:

2007	110 910 077,- kroner (Fra 1. juli til 31. desember: 54 290 749,- kroner)
2008	118 318 035,- kroner
2009	129 434 367,- kroner

- (11) Med nettokostnad menes det beløp innklagede har betalt for TT-drosjetjenester, etter at brukernes egenandel og merverdiavgift er trukket fra.
- (12) Saken ble av klager brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. juni 2009.

- (13) Klagenemnda sendte 9. februar 2010 forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr pålydende 42 millioner kroner, noe som utgjør cirka 13,9 prosent av kontraktens verdi. Innklagede ble gitt frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes e-post 2. mars 2010. Det er nærmere redegjort for disse kommentarene under innklagedes anførsler.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at innklagede, etter ikrafttredelse av regelverket for offentlige anskaffelser 1. juli 2001, hadde plikt til å bringe kontrakten med Oslo Taxi AS til opphør, og konkurranseutsette den. Klager har i den forbindelse vist til Fornyings- og administrasjonsdepartementets brev 18. november 2002 til Kommunal- og regionaldepartementet, der spørsmålet drøftes. I dette brevet ble det blant annet konkludert med at det er mye som taler for at det også ved løpende avtaler som er inngått før lovens ikrafttredelse, kan inntre plikt for oppdragsgiverne til å si opp avtalene og konkurranseutsette dem.
- (15) Det vises dessuten til at innklagede i flere år har vært klar over plikten til å konkurranseutsette tjenesten. Temaet har vært behandlet i flere politiske forslag fra 2001 frem til i dag. Som eksempler vises det til driftsbudsjett for 2001 for Transporttjenesten for funksjonshemmede punkt 4, der det fremkommer at det, sett på bakgrunn av at det nå var flere aktører i drosjemarkedet, burde vurderes å konkurranseutsette hele eller deler av TT-drosjetjenesten.
- (16) Det anføres videre at innklagede og Oslo Taxi AS hvert år har forhandlet om pris, og at dette utgjør en vesentlig endring av kontrakten. Selv om den opprinnelige avtalen fra 1991 inneholder en prisreguleringsklausul, viser denne bare til en konsumprisindeksregulering. Klager anfører at enhetsprisen er satt høyere enn det indeksen tilsier. Ny kontrakt må på denne bakgrunn anses å være inngått uten at den er blitt konkurranseutsatt, slik at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) Klager har vist til at konsumprisindeksen, i følge Statistisk sentralbyrå, har økt med 35,85 prosent fra 1991 til 2008. Innklagede har i e-post 16. desember 2008 til klager opplyst at enhetsprisen i 2008 var 184,28 kroner. Dette medfører en økning av enhetsprisen på 105,27 prosent eller 121,69 prosent, avhengig av om merverdiavgiften for 2008 er inkludert i den oppgitte enhetspris.
- (18) Klager ber om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for å kreve positiv eller negativ kontraktsinteresse er til stede.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede erkjenner at anskaffelsesprosessen for TT-drosjetjenester har tatt lang tid, og at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av disse tjenestene. Årsaken til dette er en politisk prosess, som blant annet har medført at det faglige og politiske grunnlaget for konkurransen ikke har kunnet bli ferdigstilt tidligere.
- (20) Innklagede bestrider at enhetsprisen er justert høyere enn konsumprisindeksen, og viser til at grunnlaget for justeringen har vært konsumprisindeksens delindeks for passasjertransport på vei.
- (21) Innklagede anfører at skyldkravet for illeggelse av overtredelsesgebyr ikke er oppfylt. Det vises til at administreringen av TT-tjenesten har vært underlagt flere av innklagedes

etater, og at det, på grunn av disse endringene i organiseringen, har vært usikkert om anskaffelsen skulle kunngjøres som en eller flere konkurranser. Dette ble først avklart i 2005, og konkurransedokumentene ble da utarbeidet og klargjort for kunngjøring.

- (22) Innklagedes bystyre besluttet imidlertid i 2007 å gjennomføre en evaluering av TT-ordningen for å få et bedre grunnlag for å ta stilling til hvordan ordningen burde utformes for fremtiden. En anskaffelse som er avhengig av en politisk prosess tar ofte lang tid, ettersom grunnleggende demokratiske prinsipper skal ivaretas, herunder høringer og møter med berørte brukerorganisasjoner. Innklagede måtte blant annet kartlegge brukernes behov før konkurransen ble kunngjort. Evalueringsrapporten fra mars 2008 var en del av kartleggingsprosessen for å kunne spesifisere anskaffelsesbehovet på en så tilfredsstillende måte som mulig for brukerne.
- (23) Innklagede bemerker at intensjonen har vært å gjennomføre en konkurranse om TT-drosjetransport. Det ville imidlertid ikke være forsvarlig å gjennomføre konkurransen før konkurransedokumentene bygget på et godt faglig og politisk grunnlag.
- (24) For det tilfellet at klagenemnda kommer til at det skal ilegges gebyr, anfører innklagede at det i formildende retning må vektlegges den politiske og faglige prosessen som måtte gjennomføres for å sikre et best mulig tilbud til brukerne.
- (25) Innklagede viser spesielt til klagenemndas sak 2007/19. I den saken ble det, ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, lagt betydelig vekt i formildende retning på at Statens vegvesen hadde søkt å legge til rette for konkurranseutsetting, men at Samferdselsdepartementet hadde motsatt seg dette i påvente av en nærmere utredning. Innklagede viser til at både staten og Oslo kommune er å anse som hvert sitt rettssubjekt, og anfører at hvordan det offentlige organiserer sin virksomhet, ikke kan være avgjørende for gebyrets størrelse.
- (26) Innklagede anfører videre at det ikke foreligger preventive hensyn som taler for å fastsette et høyt gebyr. Det vises til at intensjonen har vært å konkurranseutsette anskaffelsen, men at selve gjennomføringen har tatt lang tid. Innklagede er nå i gang med anskaffelsesprosessen. Innklagede anfører at det ikke foreligger forsøk på omgåelse av regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Om klagen er rettidig vurderes nedenfor.

Om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (28) I lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*
- (29) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en verdi over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 og § 18-1, jf. § 2-1 andre ledd, jf. § 2-1 første ledd.
- (30) Den aktuelle tjenesten gjelder transport av funksjonshemmede personer, som er en prioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser Vedlegg 5 kategori (2). Anskaffelsens verdi er både samlet, og for hvert år 2007-2009, over

terskelverdien på 1,65 millioner kroner, og anskaffelsen følger da reglene i forskriften del I og III, jf. § 2-1 andre ledd, jf. § 2-2 første ledd. Plikt til å kunngjøre konkurransen følger av forskriften § 18-3, jf. § 18-1, sammenholdt med lovens krav om at alle offentlige anskaffelser skal være basert på konkurranse, jf. loven § 5 og forretningsmessighet, jf. loven § 1.

- (31) Kontrakten saken gjelder ble inngått 26. juni 1991. Ettersom Oslo Taxi AS på dette tidspunkt var den eneste aktøren på markedet, ble kontrakten inngått uten kunngjøring eller konkurranse. I 1998 kom det ytterligere to aktører i drosjemarkedet i Oslo, og i dag (2010) er det etter de foreliggende opplysninger totalt seks konkurrerende drosjeselskaper i Oslo. Klager er et av de konkurrerende selskaper. Det har på denne bakgrunn vært potensiell konkurranse om TT-drosjekjøring allerede fra 1998.
- (32) Klager anfører at innklagede, senest etter ikrafttredelse av regelverket for offentlige anskaffelser 1. juli 2001, hadde plikt til å bringe kontrakten om TT-drosjekjøring med Oslo Taxi AS til opphør, og konkurranseutsette den.
- (33) EF-direktiv 92/50 om offentlige tjenestekjøp ble inkorporert i norsk rett ved lov 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser, senere avløst ved lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, som trådte i kraft 1. juli 2001. Det relevante direktiv er nå EF-direktiv 2004/18, som samler tidligere direktiver om henholdsvis kjøp, tjenester og bygge- og anleggskontrakter.
- (34) Spørsmålet om en kontrakt, inngått før EU-reglene om offentlige anskaffelser, må bringes til opphør, forelå for EF-domstolen i sak C-76/97 (Tögel). I den saken hadde østerrikske myndigheter i 1984 inngått en tidsbegrenset avtale med en leverandør om utførelse av ambulansetjenester. Domstolen fant at det nye EU-regelverket om offentlige anskaffelser ikke kunne få anvendelse på et bestående rettsforhold.
- (35) I motsetning til den kontrakten som "Tögel"-saken omhandler, har kontrakten i denne sak (opprinnelig inngått 26. juni 1991) en 12 måneders oppsigelsesfrist, jf. kontraktens punkt 18. Kontrakten kan derfor ikke anses som et bestående rettsforhold fra før EØS-avtalen, og forholdet er derfor ikke sammenlignbart med situasjonen i "Tögel"-saken. Lovens krav om konkurranse for alle offentlige innkjøp tilsier at oppdraget med Oslo Taxi AS skulle vært sagt opp, og kontrakten om TT-drosjetransport skulle følgelig vært konkurranseutsatt etter hvert som det kom flere leverandører av tjenesten i markedet, da flere selskaper kunne ha konkurrert om disse oppdragene. Oslo Taxi AS kunne ikke motsatt seg dette.
- (36) Det er ikke opplyst noe som tilsier at forskriftens krav om kunngjøring i § 18-3, jf. § 18-1 (svarende til 2001-forskriften § 6-2) ikke skulle gjelde for disse tjenestene. Gjeldende forskrift § 14-4 regner opp tilfelle der konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring (direkte kjøp) kan anvendes. Unntaket i bokstav d gjelder særlige forhold som hindrer overholdelse av frister, men slike forhold må ikke skyldes oppdragsgiver selv eller kunne forutses av ham. De forhold innklagede har påberopt, ville ikke fritta fra en ordinær kunngjøring i markedet.
- (37) Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har brutt regelverket ved fortløpende å forsømme oppsigelse av transportoppdragene, med den virkning at tjenestene ble unndratt konkurranse, jf. loven § 5. Alle bestillinger av drosjeturer under TT-ordningen, gjort etter plikten til å si opp avtalen, utgjør således suksessive ulovlige direkte anskaffelser. Kontrakten kan etter det opplyste også anses som en løpende rammeavtale med én leverandør, jf. forskriften § 15-2 sammenholdt med § 4-2 bokstav f. De avrop som er foretatt på denne rammeavtalen etter 24. juni 2007, ved brukernes

bestilling av TT-drosjeturer fra Oslo Taxi AS, er således ulovlige direkte anskaffelser, som kan sanksjoneres med gebyr, jf. klagenemndas sak 2009/120.

- (38) Det er etter dette ikke nødvendig for klagenemnda å ta stilling til hvorvidt det også foreligger en vesentlig endring av kontrakten som følge av årlige forhandlinger om enhetspriser.

Hvorvidt det er adgang til å ilegge overtredelsesgebyr – om foreldelsesfristen i loven § 7b

- (39) Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver om mottatt klage, forskriften § 7b tredje ledd, siste punktum.
- (40) Etter klagenemndas oppfatning må forsømt oppsigelse likestilles med ny avtale, siden den private leverandør av tjenesten ikke har noe rettsvernet krav på at kontrakten skal fortsette sitt løp. Den foreliggende situasjon, hvor innklagede fortløpende unnlot å si opp kontrakten med Oslo Taxi AS for de derpå følgende 12 måneder, anses derfor som regelbrudd ved fristberegning etter loven § 7b, jf. ovenfor premiss (37).
- (41) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 24. juni 2009. Etter synsmåtene ovenfor legges denne dato til grunn for beregning av toårsfristen. Ved dette skal toårsfristen regnes tilbake til 24. juni 2007, som er første mulige kontraktsbestemte oppsigelsesdag innenfor toårsfristen i loven § 7b. Man kan imidlertid også, som nevnt ovenfor, se hver drosjetur foretatt senere enn 24. juni 2007, som suksessive direktekjøp, som kan sanksjoneres med gebyr.
- (42) Etter dette legger nemnda til grunn at innklagede har anskaffet tjenester uten pliktig kunngjøring og uten konkurranse i et eksisterende marked for slike tjenester, og at det kan ilegges gebyr for de anskaffelser som er foretatt etter 24. juni 2007 og frem til forhåndsvarsel om gebyrvedtak 9. februar 2010.

Skyldkravet – loven § 7b første ledd

- (43) Skyldkrav ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b første ledd forsett eller grov uaktsomhet. I lovforarbeidet Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 er dette slik kommentert:

”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.”

- (44) Innklagede har i flere år vært kjent med betenkeligheter ved ikke å konkurranseutsette transporttjenestene i TT-ordningen. Dette ble blant annet tatt opp i budsjettet for ”Transporttjenesten for funksjonshemmede i 2001”. Problemstillingen har siden den gang vært til vurdering hos forskjellige etater i kommunen. I 2005 ble Helse- og velferdsetaten gitt i oppdrag å iverksette konkurranseutsettelse. Dette ble imidlertid utsatt, da det ble bestemt at hele TT-ordningen måtte utredes nærmere. I hvert fall fra dette tidspunkt må innklagede ha vært klar over at kravet om å konkurranseutsette TT-ordningen var brutt. Et ferdig konkurransegrunnlag ble lagt til side så sent som i juni

2007, da innklagede i stedet besluttet å fortsette evaluering og utredning av tjenestene. Innklagedes valg om ikke å konkurranseutsette anskaffelsen av TT-drosjetjenestene er fra dette tidspunkt gjort mer eller mindre bevisst. Nemnda anser det klart at det ved de nevnte forhold foreligger enten forsett eller bevisst grov uaktsomhet både etter 1. januar 2007, da ordningen med overtredelsesgebyr trådte i kraft – og fra juni 2007, som utgjør grensen for overtredelsesgebyret i tid.

- (45) Klagenemnda tilføyer at innklagedes behov for å utrede de faglige og politiske sidene av TT-ordningen, ikke endrer vurderingen av skyldspørsmålet. Det påligger oppdragsgiver å forberede og planlegge grunnlaget for konkurransen, herunder å ta hensyn til de faglige og politiske prosesser som er påkrevet. Det vises videre til at de omfattende utredninger og politiske prosesser som er gjennomført, ikke var nødvendige for å konkurranseutsette TT-drosjetjenestene. Innklagede kunne kunngjort anskaffelsen på de vilkår Oslo Taxi AS allerede hadde, i en periode frem til de nødvendige faglige og politiske prosesser var ferdigstilt.
- (46) Skyldkravet i loven § 7b er dermed oppfylt.

Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr

- (47) Av loven § 7b første ledd fremgår det at oppdragsgiver ”kan” ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver 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 særlig skal legges vekt på ”*overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning*”.
- (48) I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) side 6 uttalte Fornyings- og administrasjonsdepartementet at overtredelsesgebyret ble foreslått innført ”for å sikre større etterlevelse av regelverket”. Det er således preventive hensyn som er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr, jf. også klagenemndas saker 2008/221 premiss (38) og 2009/8 premiss (21).
- (49) 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 konkurranse og 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.”*
- (50) Nemnda mener at tungtveiende hensyn taler for et gebyr i denne saken. Kontrakten med Oslo Taxi AS er forlenget over et stort antall år, uten at det er tatt hensyn til at det kom flere potensielle leverandører i markedet, også senere enn 1. januar 2007, da loven § 7b om overtredelsesgebyr trådte i kraft. Anskaffelsen har hatt et betydelig økonomisk omfang, fra juni 2007 til desember 2009, over 300 millioner kroner. Dersom disse tjenestene hadde vært konkurranseutsatt, slik loven § 5 krever, kunne besparelsene ha vært betydelige. Til det kommer at de forhold innklagede påberoper seg for sin handlemåte, må sies å ha vært både forutsigbare og selvforskyldte.

- (51) Ut fra hensynet til gebyrets preventive virkning, at løpende anskaffelser med samme leverandør har skjedd veloverveid og helt uten konkurranse, at det er foretatt gjentatte ulovlige anskaffelser med beløp av betydelig størrelsesorden, finner klagenemnda at det skal ilegges gebyr i saken, jf. loven § 7b andre ledd, jf. første ledd.

Gebyrets størrelse

- (52) Ved avgjørelsen av gebyrets størrelse skal det, i likhet med ved spørsmålet om gebyr skal ilegges, særlig legges vekt på *”overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning”*, jf. loven § 7b andre ledd. Opplistingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b andre ledd.
- (53) 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 direkte 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.”*
- (54) I den nevnte sak ila klagenemnda et gebyr på cirka 12,3 prosent av kontraktssummen (3 257 670,- kroner). Skjerpingen av gebyrsatsen er fulgt opp i sak 2009/40 og sak 2009/229, hvor de innklagede ble ilagt gebyrer på i overkant av 12 prosent av kontraktssummene (henholdsvis 741 075 kroner og 3 285 082 kroner).
- (55) I denne sak har kontrakten hatt en nettoverdi på henholdsvis 54 290 749 kroner i 2007 (dvs. fra 24. juni 2007, jf. skjæringstidspunktet for foreldelsesregelen), 118 318 035 kroner i 2008 og 129 434 367 kroner i 2009. Totalt sett har da kontrakten hatt en nettoverdi på 302 043 152 kroner regnet fra 24. juni 2007. Beløpene for tiden før 2007 må antas å ha vært betydelige, også etter at det kom flere aktører inn i markedet. Å bli tildelt kontrakter av slikt omfang har utvilsomt gitt Oslo Taxi AS et konkurransefortrinn i forhold til de nye aktørene som er kommet inn i markedet siden 1998. Det vises også til at kontraktens omfang i denne sak er svært mye større enn de i premiss (54) omtalte saker, der gebyrene lå på noe over 12 prosent av kontraktens verdi.
- (56) Slik direkte tildeling av kontrakter hindrer optimal bruk av samfunnets økonomiske midler, som er et av hovedhensynene bak reglene om offentlige anskaffelser, jf. loven § 1. Den samlede omsetning som er unndratt konkurranse er meget betydelig også i den periode som gjelder for gebyrberegningen, jf. premiss (55) over.
- (57) At den ulovlige direkte anskaffelsen har pågått i mange år, innklagedes bevisste holdning til at ordningen kunne stride både mot loven § 5 og reglene om

kunngjøringsplikt, innklagedes ressurser og tilgang til ekspertise om anskaffelsesreglene, tilsier at gebyret settes høyt. I samme retning trekker det at anskaffelsen er foretatt helt uten konkurranse, jf. klagenemndas sak 2009/39 premiss (37) med videre henvisninger.

- (58) Innklagede anfører at forsømt oppsigelse ikke kan anses like graverende som aktivt å tildele en kontrakt uten konkurranse. Nemnda peker på at innklagede over meget lang tid har hatt oppfordring til å konkurranseutsatte drosjetjenestene under TT-ordningen uten at kontrakten med Oslo Taxi AS stengte for det. Det beror altså ikke på en forglemmelse at den gamle avtalen ikke ble revurdert. Nemnda mener dermed at innklagedes passivitet i denne relasjon kan likestilles med aktiv kontrahering av tjenester uten kunngjøring.
- (59) Innklagede anfører at den politiske og faglige prosessen som har forsinket konkurranseutsetting av TT-drosjetjenesten var nødvendig, og at dette må vektlegges i formildende retning ved fastsetting av gebyret. I klagenemndas sak 2007/19 ble det lagt betydelig vekt i formildende retning på at oppdragsgiver, Statens vegvesen, hadde søkt å legge til rette for konkurranseutsetting av sine ulovlige direkte anskaffelser. Samferdselsdepartementet hadde imidlertid motsatt seg dette, da sistnevnte ønsket en grundig utredning rundt konkurranseutsetting.
- (60) Etter klagenemndas syn er de to saker ikke direkte sammenlignbare. I sak 2007/19 var det tale om et overordnet organ som påla oppdragsgiver ikke å kunngjøre kontraktene. Regelverket om overtredelsesgebyr forutsetter at hver enkelt oppdragsgiver innen staten må svare for ilagt gebyr. Klagenemnda er derfor ikke enig med innklagede i at overtredelsesgebyret i sak 2007/19 ble ilagt staten, herunder at staten i forhold til gebyrreglene skal anses som ett rettssubjekt. Etatsinndeling er et internt kommunalt anliggende og vil bero på kommunens størrelse og organisasjon. Innklagede, Oslo kommune, må i forhold til regelverket bli å anse som én oppdragsgiver også der det fremgår av partsforholdet i klagesak at klagen gjelder forhold ved en intern etat. Et overtredelsesgebyr, ilagt grunnet ulovlig direkte anskaffelse, retter seg mot oppdragsgiver, jf. loven § 7b første ledd. Det er oppdragsgivers budsjett som belastes ved et overtredelsesgebyr, og det er oppdragsgiver som får konstatert å ha brutt reglene om offentlige anskaffelser. "Innklagede" må etter dette anses for å være kommunen, og ikke den enkelte etat innen kommunen. KOFA-praksis i klagesaker er tilnærmet entydig på å behandle kommuner som innklaget, eventuelt ved tilføyelse om hvilken etat som saken gjelder.
- (61) Når det i sak 2007/19 ble vektlagt i formildende retning at Samferdselsdepartementet hadde stoppet konkurranseutsettingen, var det fordi det ville være urimelig om Statens vegvesen ble ilagt et høyere gebyr grunnet forhold som lå utenfor deres kontroll.
- (62) I denne sak er det innklagede selv som har valgt å vente med å konkurranseutsette kontrakten. Innklagede var oppdragsgiver med full kontroll over hvorvidt kontrakten skulle sies opp og konkurranseutsettes, og overtredelsesgebyret må dekkes over innklagedes budsjett. Nemnda tilføyer at det også forelå andre formildende omstendigheter i sak 2007/19, så som at regelverket nylig var innført. Klagenemnda kan etter dette ikke se at de samme formildende omstendigheter som gjorde seg gjeldende i sak 2007/19, foreligger i denne sak.
- (63) Klagenemnda viser videre til den samme vurderingen som er gjort ovenfor i premiss (45), om at det påligger oppdragsgiver å ta høyde for den tidsbruk som er påkrevet for forberede og gjennomføre en konkurranse. Det vises videre til at innklagede i lang tid har vært klar over behovet for å konkurranseutsette TT-drosjetjenesten. Klagenemnda

kan etter dette ikke se at det foreligger forhold som trekker i formildende retning i herværende sak.

- (64) Ved utmålingen av gebyret skal kontraktssummen, eksklusiv merverdiavgift, legges til grunn, totalt 302 043 152 kroner. Klagenemnda besitter kun omsetningstall per måned, og omsetningen fra 1. juli 2007 legges således til grunn. Klagenemnda har ikke mottatt tall for TT-drosjekjøp foretatt for januar eller februar 2010, og legger av praktiske årsaker omsetningen frem til 31. desember 2009 til grunn som sluttunkt for beregningen av overtredelsesgebyret. Klagenemnda har ut fra ovenstående etter en samlet vurdering kommet til at gebyret bør settes til 42 millioner kroner. Dette utgjør cirka 13,9 prosent av kontraktens verdi regnet frem til og med desember 2009.

Erstatning

- (65) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforordningen § 12 annet ledd.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

”Oslo kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 42 000 000 – førtitomillioner – kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.”

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b femte ledd.

Bergen, 9. mars 2010

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger