



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Hå kommune gjennomførte i 2019 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av grusmasser, transport og mottak av overskuddsmasser. Den estimerte verdien av rammeavtalen utgjorde mellom 14 og 16 millioner kroner. Innklagede vurderte at avtalen var en bygge- og anleggskontrakt, og anskaffelsen ble derfor kunngjort i Doffin etter reglene i forskriften del II. Klagenemnda fant at anskaffelsen i realiteten var en varekontrakt. Ettersom anskaffelsens verdi overskred terskelverdien for varekontrakter i forskriften § 5-3, skulle kontrakten ha vært kunngjort i TED-databasen etter reglene i forskriften del III. På denne bakgrunn fant klagenemnda at kontraktinngåelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på fem prosent av avropenes verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 16. oktober 2020 i sak 2019/682

- Klager:** Grunn-Service AS
- Innklaget:** Hå kommune
- Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Bjørn Berg og Marianne Dragsten
- Saken gjelder:** Overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Hå kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av grusmasser. Grunn-Service AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. desember 2019.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 146 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov av 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 21. juni 2019 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av grusmasser, transport og mottak av overskuddsmasser. Rammeavtalen skulle ha en varighet på to år, med opsjon for forlengelse i inntil 1 + 1 år. Anskaffelsens verdi var estimert til å utgjøre 14 til 16 millioner kroner, ekskl. mva. Tilbudsfrist var 12. juli 2019.
- (4) I kunngjøringen punkt II.1.3) («*Type kontrakt*») var det angitt at kontrakten gjaldt «*Bygge- og anleggsarbeid*». Anskaffelsen var merket med hoved-CPV-kode 4510000 («*Forberedende anleggsarbeid*») og tilleggs-CPV-koden 60112000 («*Transport på offentlig vei*»).
- (5) I konkurransegrunnlaget ga innklagede en beskrivelse av anskaffelsen:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

«1.2.1 Kort beskrivelse

Hå kommune skal inngå toårig rammeavtale med opsjon på 1+1 år, for kjøp og levering av grusmasser til anleggsarbeider i kommunen. Rammeavtalen inkluderer også mottak av overskuddsmasser.

1.2.2 Utvidet beskrivelse

Hå kommune planlegger å inngå en 2-årig rammeavtale med opsjon for ytterligere 1+1 år om kjøp av grusmasser, samt levering av returmasser i forbindelse med kommunaltekniske bygg og anlegg i egenregi, innen VVA – og grønt sektoren i Hå kommune. Andre kommunale foretak og virksomheter forutsettes å kunne benytte seg av avtalen dersom de ønsker dette. Rammeavtalen har et kalkulert økonomisk omfang på kr 14– 16 mill. inkludert opsjoner, ut fra tidligere innkjøp og planer. Avrop skjer etter nærmere bestilling fra oppdragsgiver sin side. Anskaffelsen gjøres i henhold til Lov og Offentlige Anskaffelser (LOA) og FOA Del I og Del II og lyses ut gjennom Doffin.no, via portalen Mercell.

Tilbudet skal også inkludere noe transport av masser fra eget pukkverk.

Leverandøren skal levere fra samme lager eller lager med kortere transportavstand i hele perioden. Dersom samme lager ikke kan opprettholdes gjennom hele avtaleperioden, vil det kunne ses på som mislighold og avtalen kan sies opp. Dersom leverandøren må endre lager, skal dette varsles med 3 måneders frist. Det samme gjelder for massedeponi.

Kommunen tar forbehold om fritt å kunne lyse ut større anleggsarbeid med leveranser på anbud».

- (6) Pris var det eneste tildelingskriteriet, og følgende fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4 («Tildelingskriterier») om innklagedes evaluering av tilbudsprisene:

«Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som har [...] beste pris basert på følgende kriterier og evaluering:

*Ved endelig valg av leverandør vil oppgitte mengder i tonn / m³ * tilbudspris, samt kostnad med transport pr km fra / til grustak / mottak legges til grunn. Forutsatt at øvrige kriterier er oppfylt. Oppdragsgiver sine transportkostnader fra grustak til anleggsplass og fra anleggsplass til massemtak inngår også som en del av kriteriet for å avgjøre konkurransen;*

Referansepunkt for transport vil være avstand i kilometer mellom de respektive massemtak/grustak og togstasjonene på Nærbø, Varhaug, Vigrestad og Sirevåg i Hå kommune med henholdsvis 30, 40, 15 og 15 % av vekt/volum for leveranse. Antall kilometer skal oppgis i tabell for de ulike lokaliseringene. Dersom tilbyder leverer fra flere steder bes tilbyder oppgi priser enkelt sted ved å fylle ut flere sett regneark».

- (7) I henhold til konkurransegrunnlaget punkt 5.2 («Tilbudets utforming ved levering») skulle leverandørene fylle ut et prisskjema som skulle leveres sammen med tilbudet. I dette skjemaet var leverandørene bedt om å oppgi enhetspriser for en rekke ulike kvaliteter på spesifikke grusmasser, samt pris for transport til Nærbø, Varhaug og Sirevåg. Prisskjemaet inneholdt ingen rubrikk for å angi transportkostnad til Vigresand.

(8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra seks leverandører, herunder klager, Stangeland Maskin AS, Risa AS, Erik Håland Maskin AS, Aniksdal Maskin AS og Ola Ramsland & Sønner AS.

(9) I brev av 23. juli 2019 meddelte innklagede at de hadde til hensikt å inngå rammeavtalen med Erik Håland Maskin AS (heretter *valgte leverandør*). Av tildelingsbrevet fremgikk følgende om tilbudsevalueringen:

«Det er lagt til grunn at 50% av massene blir transportert via tilbudte tjenester på transport i rammeavtalen. Resterende blir transportert i egen regi, hovedsakelig med enkel bil. Vi har da lagt til grunn egne kostnader med transport fra grustak/lager og til massedeponi. Det er lagt til grunn en oppstartskostnad på kr 18 for den første km og så et fast beløp på kr 2 for hver km etter det pr m³. Det er beregnet transportavstander fra hvert enkelt tettsted basert på den fordelingen som er oppgitt i invitasjonen. De fleste leverandører har pukkverk lokalisert i kommunen og noen har også deponi i nær tilknytning til eller på vei til pukkverk. I de tilfellene er det beregnet en noe lavere egen kostnad da det vil kunne transporteres returmasser».

(10) Etter klage på tildelingen fra to av leverandørene, sendte innklagede ut et revidert tildelingsbrev 4. september 2019. Den nye evalueringen rettet opp i en feil ved evalueringen av transportpriser, men dette førte ikke til endringer i rangeringen av leverandørene. Kontraktstildelingen til valgte leverandør ble dermed stående. Innklagede ga følgende forklaring på årsaken til endringen:

«[...] [E]valueringen er gjort på nytt og basert på at det ikke er forespurt om, eller levert pris på transport av masse fra noen av tilbyderne til Vigrestad. I evalueringen blir det derfor kun lagt til grunn kjøp av masse til Vigrestad – som igjen har en vekting på 15% slik som opplyst i forespørselen. Egentransport til Vigrestad er med i beregningen/evalueringen.

[...]

Basert på tildelingskriteriene skal både transportkostnader oppgitt i tilbudet og egne kostnader tas med i evalueringen. Hå kommune har vurdert det slik at 60% av massene blir transportert av leverandør og 40% av massene blir hentet av kommunen. Vi har da lagt til grunn egne kostnader med transport fra grustak/lager og til massedeponi. Det er lagt til grunn en oppstartskostnad på kr 18 for den første km og så et fast beløp på kr 2 for hver km etter det pr t/m³. Det er beregnet transportavstander fra hvert enkelt tettsted basert på den fordelingen som er oppgitt i invitasjonen. De fleste leverandører har pukkverk lokalisert i kommunen og noen har også deponi i nær tilknytning til eller på vei til pukkverk. I de tilfellene er det beregnet en noe lavere egen kostnad da det vil kunne transporteres returmasser».

(11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. desember 2019.

(12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. september 2020.

(13) Klagenemnda sendte 22. september 2020 varsel om ileggelse av et overtredelsesgebyr på fem prosent av anskaffelsens verdi.

(14) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 12. oktober 2020.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kunngjøre anskaffelsen nasjonalt i Doffin, og ikke i TED. Anskaffelsen er feilaktig klassifisert som en bygge- og anleggskontrakt.
- (16) Innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen. Konkurranses grunnlaget, herunder tildelingskriteriet og evalueringsmodellen er uklart. Det er ikke samsvar mellom det som er angitt i konkurranses grunnlaget om prisevalueringen og utformingen av prisskjemaet.
- (17) Konkurranses grunnlaget inneholder ikke informasjon om hvilken vekt innklagedes transportkostnader vil kunne få ved evalueringen. Evalueringen var derfor uforutberegnelig for leverandørene.
- (18) Innklagede har brukt et ulovlig tildelingskriterium. Foruten å være uklart, er kriteriet «*egne transportkostnader*» utpreget skjønnsmessig, uegnet til å identifisere det beste tilbudet og det er heller ikke gjenstand for konkurranse.
- (19) Uklarhetene i konkurranses grunnlaget har også ført til at foreligger feil ved evalueringen av tilbudene, herunder ved at transportkostnader til Vigresand ikke inngikk i evalueringen.

Innklagedes anførsler:

- (20) Det er ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsens verdi er under EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter, og kunngjøring er derfor gjennomført i samsvar med regelverket.
- (21) Tildelingskriteriet «*Pris*» er tilstrekkelig klart. Opplysningene om evaluering av tildelingskriteriet i konkurranses grunnlaget samsvarer med prisskjemaet. Samtlige leverandører har fylt ut prisskjemaet korrekt.
- (22) Tildelingskriteriet er ikke ulovlig. Priskriteriet har tilknytning til kontrakten, og er egnet til å utpeke det beste tilbudet.
- (23) «*Egne transportkostnader*» er ikke et selvstendig tildelingskriterium, men et moment i evalueringen av pris. Det fremgikk klart av konkurranses grunnlaget at dette ville vektlegges. At dette inngikk i vurderingen kan ikke ha vært uforutberegnelig.
- (24) Beregningsmodellen for «*egne transportkostnader*» ble fastsatt før innklagede ble kjent med innholdet i tilbudene. Skjønnets som innklagede har utøvd er basert på faktiske erfaringstall, noe som ikke er urimelig. Modellen ga ikke innklagede adgang til å tildele kontrakten basert på et ubetinget fritt skjønn. Vurderingen av dette momentet kan heller ikke ha hatt betydning for utformingen av tilbudene. Evalueringen oppfylder også kravene til etterprøvnbarhet i loven.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. For behandling av slike påstander gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klager har deltatt i

konkurransen, og har dermed i utgangspunktet saklig interesse i å få avgjort også øvrige anførsler om brudd på regelverket, jf. klagenemndsforordningen § 6. På bakgrunn av resultatet i saken, har klagenemnda imidlertid valgt ikke å ta stilling til klagers øvrige anførsler, jf. avsnitt 46 nedenfor. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Konkurransen gjelder kjøp og levering av grusmasser, og er kunngjort som en bygg- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 14 til 16 millioner kroner ekskl. mva.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (26) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at anskaffelsen utelukkende ble kunngjort nasjonalt i Doffin, som følge av en feilaktig klassifisering av kontrakten som en bygge- og anleggskontrakt.
- (27) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (28) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforordningen) §§ 5-1 andre ledd og 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. EØS-terskelverdien var på kunngjøringstidspunktet 2 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter, og 51 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter.
- (29) Kontrakten ble i vår sak vurdert å ha en samlet verdi på mellom 14 og 16 millioner kroner ekskl. mva. Kontrakten ble av innklagede ansett som en bygge- og anleggskontrakt, og kontrakten ble derfor kunngjort i Doffin etter reglene i forskriften del II.
- (30) Spørsmålet i saken er om kontrakten skulle ha vært kunngjort i TED-databasen etter reglene i forskriften del III, som en vareanskaffelse over EØS-terskelverdien i § 5-3, og om innklagede dermed har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (31) En bygge- og anleggskontrakt er i forskriften § 4-1 bokstav d definert som en kontrakt om utførelsen eller både planleggingen og utførelsen av *«bygge- og anleggsarbeider»*.
- (32) Et *«bygge- og anleggsarbeid»* er i forskriften § 4-1 bokstav e definert som *«resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon»*.
- (33) Det avgjørende er dermed om den aktuelle kontrakten har utførelsen av bygge- og anleggsaktiviteter som formål, hvor resultatet av disse aktivitetene oppfyller en selvstendig økonomisk eller teknisk funksjon.
- (34) Kontrakten i vår sak gjelder kjøp av ulike kvaliteter grusmasser, levering av returmasser, samt noe transport av masser fra eget pukkverk. Disse arbeidene, hevder innklagede, omfattes av CPV-gruppe 45 og CPV-kode 45100000 (*«Forberedende anleggsarbeid»*). I anledning at klagen ble brakt inn for klagenemnda, har innklagede også vist til andre CPV-koder som innklagede mener beskriver hvilke bygge- og anleggsarbeider som skal utføres i henhold til kontrakten. Dette gjelder kodene 45111200-0 (*«Site preparation and*

clearance work»), 45111212-7 («*Rock removal work*»), 45111213-4 («*Site clearance work*») og 45111230-9 («*Ground stabilisation work*»).

- (35) Slik klagenemnda forstår det, er det imidlertid kommunen selv som vil utføre de forberedende anleggsarbeidene, som fjerning av masser, og preparering av underlaget. Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, skal ikke leverandøren utføre annen aktivitet enn transport av massene.
- (36) Anskaffelsen fremstår på denne bakgrunn som en blandet anskaffelse om henholdsvis kjøp og transport av masser, hvorav varekjøpet utgjør kontraktens hovedelement, jf. forskriften §§ 4-1 bokstav b og 6-1 (1). Klagenemnda viser i den forbindelse til tildelingsbrevet, hvor det fremgår at det er prisen for grusmassene som utgjør den største andelen av tilbudsprisen hos samtlige leverandører. Klagenemnda kan ikke se at noen av aktivitetene nevnt i kontrakten dekkes av noen av de CPV-kodene som innklagede har vist til. Arbeidet beskrevet i kontrakten dekkes heller ikke av noen av de andre CPV-kodene eller aktivitetene som er angitt i forskriften vedlegg 1, jf. forskriften § 4-1 bokstav d nr. 1.
- (37) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at kontrakten gjelder utførelsen av et bygge- og anleggsarbeid, jf. forskriften § 4-1 bokstav e.
- (38) Innklagede har anført at kjøpet av grusmasser, og transporten av disse, skjer i forbindelse med bygge- og anleggsprosjekter, og at kontrakten av denne grunn skal betegnes som en bygge- og anleggskontrakt.
- (39) Klagenemnda er ikke enig dette. I vurderingen av om kontrakten gjelder utførelsen av bygge- og anleggsaktiviteter som angitt i forskriften vedlegg 1, og dermed om kontrakten skal kategoriseres som en bygge- og anleggskontrakt, har det ikke betydning at grusmassene senere skal benyttes i anleggsarbeid innklagede skal utføre i egenregi. En så vid forståelse av hva som utgjør en bygge- og anleggskontrakt som innklagede her gir uttrykk for, vil føre til en innskrenking av direktivets virkeområde og representere en omgåelse av regelverket, jf. også EFTA-domstolens uttalelse i E-7/19 *Tak*, avsnitt 54.
- (40) På denne bakgrunn finner klagenemnda at kontrakten ikke er en bygge- og anleggskontrakt, jf. forskriften § 4-1 bokstav e.
- (41) Slik klagenemnda ser det, fremstår anskaffelsen som nevnt som en blandet anskaffelse om henholdsvis kjøp og transport av masser, hvorav varekjøpet utgjør kontraktens hovedelement. Kontrakten skal da etter forskriften § 6-1 (1) anses som en varekontrakt, jf. også forskriften § 4-1 bokstav b.
- (42) Kontraktens verdi er over EØS-terskelverdien for varekontrakter, som på kunngjøringstidspunktet var 2 millioner kroner ekskl. mva.
- (43) Når innklagede har inngått kontrakt uten forutgående kunngjøring i TED-databasen, utgjør dette en ulovlig direkte anskaffelse.
- (44) Innklagede hadde på denne bakgrunn plikt til å avlyse konkurransen, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå inn på klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (45) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda «skal» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse». Av annet punktum fremgår det at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på denne vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».
- (46) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12, viser klagenemnda til sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (47) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Vurderingen av hvorvidt en kontrakt er en vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt, og påfølgende kunngjøring i riktig database, ligger helt i kjernen av dette. Slik klagenemnda har påpekt i avsnitt 42 og 43 foreligger det en klar overtredelse ved at innklagede feilaktig har klassifisert anskaffelsen som en bygge- og anleggskontrakt. Klagenemnda ser det slik at innklagedes angivelse av uriktig hoved-CPV-kode henger tett sammen med den uriktige klassifiseringen av anskaffelsen. Det er imidlertid tale om to forhold som hver for seg utgjør selvstendige brudd på kunngjøringsplikten, se til sammenligning Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2008 s. 982 *Catch Communications*.
- (48) Klagenemnda finner samlet sett at innklagedes opptreden må karakteriseres som grovt uaktsomt. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (49) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76.
- (50) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (51) En gjennomgang av nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter, se senest klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (52) Etter klagenemndas syn er det flere formildende omstendigheter i denne saken. På tross av manglende kunngjøring i TED, medførte den kunngjøringen som ble foretatt, at det var seks leverandører som deltok i konkurransen. Kontrakten gjelder som nevnt kjøp og transport av grusmasser, som man må kunne gå ut fra ikke har særlig stor interesse for utenlandske leverandører. Klagenemnda påpeker at Hå kommune ligger i Rogaland. Utformingen av konkurransegrunnlaget, herunder vektleggingen av transportkostnader, medfører at konkurransen først og fremst er av interesse for lokale leverandører. Det er få holdepunkter som tilsier at manglende kunngjøring i TED – samt bruk av feil CPV-kode – har hatt innvirkning på konkurransen.

(53) Med dette som bakgrunn finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på fem prosent av avropenes totale verdi på 2 921 040 kroner, avrundet til 146 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Hå kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 146 000 kroner.

- etthundreogførtisekstusen - 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 § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk