



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ila Årdal kommune et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi, avrundet til 200 000 kroner, for ulovlig direkte anskaffelse av kontrakt om renovering av renseanlegget til friluftsbadet på Årdalstangen.

Klagenemndas gebyrvedtak 19. mars 2020 i sak 2019/200

Klager:	Impec AS
Innklaget:	Årdal kommune
Klagenemndas medlemmer:	Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad
Saken gjelder:	Ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Impec AS mottatt 26. mars 2019. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av kontrakt om renovering av renseanlegget til friluftsbadet på Årdalstangen.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 200 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser (*anskaffelsesloven*) § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) I Årdal kommunes (heretter *innklagede*) økonomiplan for 2019 ble det bevilget 1 000 000 kroner til renovering av renseanlegget til friluftsbadet på Årdalstangen. Klagenemnda legger til grunn at dette beløpet er ekskl. mva. Bevilgningens størrelse var basert på et prisoverslag innklagede hadde mottatt i et tilbud fra BWT Birger Christensen AS.
- (4) Høsten 2018 inngikk innklagede en avtale med Norconsult AS om kjøp av konsulenttenester i forbindelse med renovering av renseanlegget. På vegne av innklagede utarbeidet Norconsult AS et konkurransegrunnlag for renovering av renseanlegget som en totalentreprise, samt opsjoner på «*Elektriske motorer/ventiler*», «*Vannmengdemåler, inline for pumpestyring*», og «*Nytt elektrisk styreskap inkl. PLS, online styresystem*».
- (5) Ifølge Norconsult AS var det svært få leverandører i Norge som kunne påta seg en totalleveranse slik som beskrevet i konkurransegrunnlaget. Norconsult AS antok at det var snakk om 2-3 aktuelle leverandører basert på deres kjennskap til fagfeltet.
- (6) Konkurransen ble ikke kunngjort på Doffin. Følgende gjengis fra et internt notat datert 10. desember 2018:

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

«Prisestimat på kroner 1.000.000,- tilseier at det ikkje er krav om kunngjering i Doffin.

Av hensyn til kommunen sin kapasitet til oppfølging av arbeida, er det ønskeleg at det gåast inn kontrakt med ein avtalepart dvs arbeida utførast som ei totalentreprise.

Iflg Norconsult AS er det få leverandørar i Norge som kan levere denne type arbeid, dei antyder inn til 3 kjende leverandørar.

Vurdering

Med bakgrunn i estimert pris og eit begrensa tal aktuelle leverandørar, kan ein begrensa tilbodskonkurransen gjennomførast. Norconsult AS kartlegg aktuelle leverandørar og inviterer desse til å delta i priskonkurransen.»

- (7) Konkurransgrunnlaget ble sendt ut til to leverandører, Enwa Badeanlegg AS og BWT Birger Christensen AS, den 20. desember 2018, med tilbudsfrist 31. januar 2019. Valg av tilbud ble basert på tildelingskriteriene «Pris» (vektet 90 prosent) og «Framdrift» (vektet 10 prosent). I vedlegg D, som var vedlagt tilbudsforespørselen, ble leverandørene bedt om å oppgi pris på komplett renovering av renseanlegget, eventuelt med tillegg av opsjoner.
- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede ett tilbud, fra Enwa Badeanlegg AS (heretter *valgte leverandør*). BWT Birger Christensen AS valgte ikke å inngi tilbud fordi selskapet ikke hadde tilgang på samtlige av de etterspurte fagfunksjonene.
- (9) Valgte leverandørs samlede tilbudssum, inkludert opsjoner, var 2 681 800 kroner ekskl. mva. Renoveringsarbeidet var priset til 2 077 800 kroner, mens opsjon 1 til 3 var priset til henholdsvis 210 000 kroner, 48 000 kroner og 346 000 kroner.
- (10) Kommunestyret i Årdal kommune fattet deretter følgende vedtak 14. februar 2019:

«1. Rådmannen får fullmakt til å gå i kontraktsdrøftingar med ENWA badeanlegg as, med grunnlag i motteke tilbod.

2. Kostnadsråma vert sett til kr. 3.400.000,- (inkl. mva).

3. Finansieringa av prosjektet vert gjennomført med låneopptak tilsvarande kostnadsråma med fråtrekk av komskompensasjonen på kr. 670.000,-, dvs. kr.2.730.000.»

- (11) Av saksfremlegget til møtet fremgikk blant annet følgende:

«Anbodskonkurransen har resultert i eitt pristilbod. Pristilbodet er 2-3 gonger høgare enn den vedtekne løyvinga til føremålet. Det innkomne pristilbodet er vanskeleg å vurdere då det ikkje ligg føre andre tilbod å samanlikna med.

Norconsult AS [...] har gått gjennom og vurdert tilbodet frå Enwa badeanlegg AS. Dei meiner at einskilde postar i anbodet er høgt prisa. Opsjonsprisane er og høge samanlikna med tidlegare prisestimat frå annan leverandør. Norconsult AS presiserer at heller ikkje dei har erfaringstal som er direkte samanliknbare med dette prosjektet.

For å kunne opna friluftsbadet på Årdalstangen sommaren 2019, er det pr i dag eit alternativ;

Å starta kontraktstingingar med Enwa badeanlegg AS med mål om å inngå kontrakt med dei.

Dette krev kommunestyrevedtak på auke i løyvinga, til å finansiera tiltaket.

For å kunne ha eit driftsklart badeanlegg til 1. juni 2019, må kontrakt inngåast med Enwa badeanlegg AS seinast i månadsskiftet februar/mars.

Eit alternativ er å utsetja opninga eit år og utgreia alternative løysingar som gjer at ein kan få fleire tilbydarar på bana. Ei utsetjing gjer det og mogleg for kommunen å søkja spelemidlar til tiltaket.»

- (12) Den 19. februar 2019 mottok innklagede et prisoverslag og forslag til alternative løsninger fra Impec AS (heretter *klager*):

«Etter vår vurdering kan reparasjon av bassenget utføres på ein av følgende 3 måter:

1. Full renovering som beskrevet i forespørsel med alle opsjoner. Dette er kostnadsregna til kr. 2.072.200 inklusiv MVA.

2. Utskifting av styring samt nye aktuator styrte spjeld + installasjon av ny kompressor for å styre spjeld. Her beholdes eksisterende stålrør. Dette er kostnadsregna til kr. 1.275.400,- inklusiv MVA.

3. Ingen utskifting av rør og ventiler, men en gjennomgang av anlegget for å få det operativt på en sikker måte. Dette er kostnadsregna til kr. 776.750 inklusiv MVA. For alle tre metodane over, må kjøpas inn sand og denne må skiftast. I tillegg må det installeres ny klordosering, PH måling og flockningstasjon. Denne kostnaden utgjør ca. 460.000 av alle summene nevnt over (inkludert) og må utføres for alle metodane.»

- (13) Innklagede tok klagers henvendelse til orientering. Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 25. mars 2019. Kontraktssummen var 2 002 000 ekskl. mva., med andre ord noe redusert sammenlignet med valgte leverandørs tilbud.

- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda ved klage datert 26. mars 2019.

- (15) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble holdt 17. februar 2020.

- (16) Klagenemnda sendte 21. februar 2020 ut varsel om ileggelse av et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi. Frist for å komme med merknader til varselet ble satt til 12. mars 2020. Innklagede har bekreftet at det ikke vil bli gitt kommentarer til forhåndsvarselet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Avtalen med valgte leverandør om renovering av friluftsbassenget representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Det var flere andre leverandører som kunne ha utført dette oppdraget. Innklagede la til grunn en budsjettpris fra 2018 på ca. 1 million kroner, men endte opp med å inngå kontrakt med en betydelig høyere verdi. Avtalen skulle derfor ha vært kunngjort i henhold til regelverket.

Innklagedes anførsler:

- (18) Kostnadsestimatet som ble lagt til grunn, baserte seg på en priskalkyle innhentet fra BWT Birger Christensen AS i forbindelse med budsjett og bevilgninger i økonomiplanen for 2019. Dette estimatet var under terskelverdien for kunngjøringsplikten etter forskriften del II. Det var også få aktuelle leverandører som kunne levere en slik totalentreprise.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av kontrakt om renovering av renseanlegg til et friluftsbasseng. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (*klagenemndsforordningen*) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13 andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 26. mars 2019. Kontrakt ble inngått 25. mars 2019. Klagen er derfor rettidig fremsatt.
- (20) Siden 1. januar 2017 har klagenemnda hatt myndighet til å ilegge offentlige oppdragsgivere overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (21) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt om renovering av renseanlegget til friluftsbadet på Årdalstangen uten forutgående kunngjøring.
- (22) 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).
- (23) Det er ubestridt at kontrakten om renovering av renseanlegget til friluftsbassenget ikke har vært kunngjort.
- (24) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre alle anskaffelser med en anslått verdi over nasjonal terskelverdi, som fra 6. april 2018 er 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 første ledd.
- (25) Av kontrakten som ble inngått med valgte leverandør, fremgår det at kontraktssummen er 2 002 000 ekskl. mva. Dette er høyere enn den nasjonale terskelverdien. Innklagede har vist til at anskaffelsens samlede verdi i forkant ble estimert til 1 000 000 kroner ekskl. mva. I henhold til dette estimatet var verdien lavere enn den nasjonale terskelverdien.
- (26) Det følger av anskaffelsesforordningen § 5-4 første ledd at oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over «*den samlede betalingen ekskl. mva., inkludert enhver form for opsjon*» som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene. Av bestemmelsens andre ledd fremgår det at beregningen skal være «*forsvarlig*» på det tidspunktet oppdragsgiveren innleder anskaffelsesprosessen. I dette ligger at oppdragsgiver plikter å foreta en grundig og solid verdiberegning, som er lojal mot anskaffelsesregelverket og basert på et forsvarlig grunnlag.

- (27) Innklagedes estimat lå relativt tett opp til den kunngjøringspliktige terskelverdien. I slike tilfeller stilles det strengere krav til beregningsgrunnlaget, slik det blant annet er lagt til grunn i Hålogaland lagmannsretts avgjørelse av 11. mars 2018 i sak LH-2018-99424 med videre henvisning.
- (28) Slik saken er opplyst, legger klagenemnda til grunn at innklagedes estimat var basert på et prisoverslag i et tilbud som BWT Birger Christensen AS hadde inngitt 15 måneder før anskaffelsen ble gjennomført. Innklagede har erkjent at prisoverslaget ikke ble kvalitetssikret før anskaffelsesprosessen ble innledet. Det er ikke fremlagt noen opplysninger om at innklagede hadde foretatt noen egen markedsundersøkelse eller tatt høyde for prisstigning. Det er heller ikke fremlagt noen opplysninger om at det ble foretatt noen usikkerhetsanalyse eller lignende.
- (29) Slik klagenemnda forstår tilbudet fra BWT Birger Christensen AS, var det for øvrig basert på en noe annen leveranse enn den innklagede senere ba om tilbud på. Klagenemnda viser eksempelvis til at tilbudet fra BWT Birger Christensen AS ikke inkluderte priser på elektro- og automasjonsarbeid.
- (30) Disse forholdene trekker i retning av at innklagedes beregning av anskaffelsens verdi ikke var forsvarlig. At det eneste tilbudet i konkurransen var priset betydelig høyere enn innklagedes estimat, ga for øvrig innklagede en særlig foranledning til å vurdere holdbarheten av dette estimatet før kontraktsinngåelsen.
- (31) Klagenemnda finner etter dette at innklagedes beregning av anskaffelsens verdi ikke har vært forsvarlig. Valgte leverandørs tilbud, klagers tilbud og kontraktsummen i den inngåtte kontrakten viser at anskaffelsens verdi oversteg terskelverdien for kunngjøringsplikten etter forskriften del II.
- (32) Innklagede har ikke påberopt at det foreligger noen unntak fra kunngjøringsplikten, og klagenemnda kan heller ikke se at noen av unntakene i forskriften del II er aktuelle. For ordens skyld bemerkes det at klagers oversendelse av et forpliktende tilbud, gir klare holdepunkter for at innklagede ville ha fått flere tilbud ved å kunngjøre konkurransen.
- (33) Kontrakten skulle derfor ha vært kunngjort, jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (34) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre kontrakten om reovering av renseanlegget.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (35) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum 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 andre punktum fremgår det at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på denne vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse».
- (36) 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 nemnda til gjennomgangen i klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147 avsnitt 55 og utover.

- (37) Innklagede inngikk en kontrakt om renovering av rensesanlegg som overstiger nasjonal terskelverdi, uten at kontrakten ble kunngjort, og uten at det ble gjort en forsvarlig vurdering av kontraktens estimerte verdi. Dette i en situasjon hvor det som nevnt forelå omstendigheter som ga innklagede en særlig foranledning til å vurdere holdbarheten av den verddivurderingen som ble gjort. Det er ikke vist til forhold som kan unnta kjøpet fra kunngjøringsplikt.
- (38) Slik saken er opplyst, finner nemnda at innklagede har handlet på en måte som kan karakteriseres som grovt uaktsom. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (39) Det fremgår av loven § 12 tredje ledd at det ved utmåling 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 anskaffelses verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (40) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort av skyldkravet ovenfor. Det er ikke tvilsomt at kontrakten skulle ha vært kunngjort, og det foreligger en klar overtredelse. Klagenemnda finner også grunn til å bemerke at selv om innklagede kontaktet flere leverandører, ble det kun mottatt ett tilbud i konkurransen. Det er samtidig ikke tvilsomt at innklagede, ved å innhente et prisestimat, har gjort en vurdering av forholdet til anskaffelsesregelverket.
- (41) Med dette som bakgrunn finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi på 2 002 000 kroner, avrundet til 200 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Årdal kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 200 000 – tohundretusen – kroner.

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

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtaket 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,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk