



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede inngikk 1. november 2018 en avtale om planering, masseflytting og utfylling på området Flatholmen Nord i Ålesund kommune. Klager anførte at avtalen var en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 26. mars 2021 i sak 2020/731

Klager: Sibella AS

Innklaget: Ålesundregionens Havnevesen

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Innklagede har i perioden mars 2018 til januar 2019 kjøpt planeringsarbeider fra OK Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*) i forbindelse med utbygging av havneområdet Flatholmen nord i Ålesund kommune. Ålesundsregionens havnevesen er et interkommunalt samarbeid mellom kommunene Ålesund, Giske og Sula.
- (2) Innklagede og valgte leverandør inngikk 1. november 2018 en avtale om planering, masseflytting og utfylling på området Flatholmen nord i Ålesund kommune.
- (3) Det fremgikk av vedlegg til avtalen, e-post av 1. november 2018 med tittel «*Utvidelse avtale for planering av tipp/fylling Flatholmen nord*», at avtalen omfattet følgende arbeid:
«Punkt 1. Arbeidsinnhold:
Mottak og sortering av masser på tipp
Fordeling og planering og masser på tipp
Senking og nivåjustering generelt på tipp for oppbygging av enhetlige masseskikt»
- (4) Innklagede stoppet avtalen i januar 2019.
- (5) Klager begjærte 29. august 2019 innsyn i kjøpene innklagede hadde gjort fra valgte leverandør. Begjæringen ble besvart 30. august 2019 med «*fakturakopier, avtale og reskontro*». Det ble samtidig opplyst at det ikke fantes øvrig informasjon.
- (6) For klagenemnda har innklagede fremlagt en oversikt over innklagedes totale betalinger til valgte leverandør, på totalt 1 623 022 kroner ekskl. mva., 2 028 777,50 kroner inkl. mva., for perioden 1. mars 2018 til 31. januar 2019.

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

- (7) Etter at arbeidene med valgte leverandør ble stanset, arbeidet Svinø Entreprenør AS på det aktuelle arealet. Dette ble gjort som avrop på en eksisterende rammeavtale. Totalt ble det fakturert på ca. 700 000 kroner.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda 5. oktober 2020. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 7. oktober 2020, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd.
- (9) Nemndsmøte om utstedelse av forhåndsvarsel ble avholdt 13. januar 2021.
- (10) Klagenemnda sendte 20. januar 2021 varsel om illeggelse av et gebyr på åtte prosent av anskaffelsens verdi.
- (11) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 10. februar 2021. Innklagede stadfestet at oversikten over utbetalinger var komplett, men hadde ikke ellers ytterligere kommentarer til saken.
- (12) Ved e-post 24. februar ble klager og innklagede orientert om at klagenemnda hadde sett på formålet med anskaffelsen på nytt, og vurdert det til at anskaffelsen var underlagt forsyningsforskriften. Terskelverdien for kunngjøring var derfor ikke overskredet og anskaffelsen utgjorde dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Partene ble gitt anledning til å kommentere dette.
- (13) Klager sendte inn merknader ved skriv 26. februar, 2. mars, 3 mars og 4. mars 2021. Innklagede sendte inn merknader 3. mars.
- (14) Klagenemndas sekretariat ba om ytterligere informasjon ved epost 8. mars. Forespørselen ble besvart av innklagede 10. og 11. mars, og av klager 10., 11. og 24. mars 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av entreprenørtjenester.
- (16) Det er anskaffelsesforskriften som gjelder for denne anskaffelsen. Containerhavna er bare en liten del av de utfylte områdene ved Flatholmen. Innklagede har betalt valgte leverandør for å opparbeide en stor parkeringsplass for lastebiler, ikke en containerhavn. Området bærer preg av å være et industriområde. Klager kan ikke se at det foreligger dokumentasjon på at det utfylte området var tiltenkt å bli en ny containerhavn.
- (17) Om det likevel er forsyningsforskriften som gjelder, så er arbeidet som valgte leverandør har utført kun en delkontrakt. Området er fremdeles ikke egnet til å kjøre truck og lignende på, da området som ble bearbeidet av valgte leverandør kun er grus/pukklagt. En truck er ikke egnet til å kjøre på slikt underlag.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) I innklagedes første prosesskriv til klagenemnda, erkjente innklagede at arbeidet valgte leverandør gjorde i 2018 og fram til 31. januar 2019 utgjorde et brudd på kunngjøringsreglene i regelverket om offentlige avskaffelser. Innklagede redegjorde for at det nå er satt i gang en rekke tiltak for å unngå lignende feil i framtiden.

- (19) Etter at klagenemndssekretariatet ba partene kommentere hvorvidt anskaffelsen er omfattet av forsyningsforskriften, har innklagede kommet med en ytterligere redegjørelse:
- (20) Formålet med kontrakten med valgte leverandør var å forberede grunnen til den nye containerhavnen på Flatholmen, da denne skulle flyttes fra Skutvika til Flatholmen i Ålesund kommune. Flyttingen av containerhavnen fra Skutvika er flere ganger behandlet politisk, og viktige grunner til flyttinga er mindre tungtrafikk gjennom sentrum, mer effektiv drift og større konkurransekraft. Når flyttingen er gjennomført og driften i Skutvika containerhavn avvirket, er det planlagt andre formål for arealet som for eksempel boligutbygging.
- (21) At hele området er satt av til havneformål går fram både av reguleringsplan og i kommunens arealplan helt tilbake til 1994. Flatholmen havneanlegg ble etablert i 2003, og har i årene siden gradvis blitt utvidet etterhvert som behovet har utviklet seg, etter tilgang på steinmasser og etter det en har hatt råd til.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontrakt for «*Planeringsarbeider på fylling - Flatholmen Nord*» ble inngått med valgte leverandør 1. november 2018. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, ble sendt til klagenemnda 5. oktober 2020, og er derfor rettidig fremsatt.
- (23) Innklagede hadde allerede før avtalen av 1. november 2018 ble inngått, kjøpt tjenester fra valgte leverandør på området uten at det forelå en skriftlig kontrakt som regulerte løpende kjøp av tjenester når det var masser tilgjengelig. Slik klagenemnda forstår det, var disse kjøpene vesentlig mindre og innklagede hadde på dette tidspunktet ikke grunn til å tro at verdien på anskaffelsen ville komme over terskelverdien. Når det etter hvert ble klart at det ville bli store mengder masse tilgjengelig som krevde kjøp av tjenester for å plasseres i løpet av en kort tidsperiode, inngikk innklagede kontrakt 1. november. Klagenemnda legger til grunn at det var fra dette tidspunktet innklagede burde forstått at det kunne bli foretatt en kunngjøringspliktig anskaffelse. Under enhver omstendighet fant det ikke sted kjøp av tjenester mellom 5. oktober 2018 og til kontrakt ble inngått 1. november 2018, og klagenemnda begrenser derfor sin vurdering til å gjelde kjøp av tjenester under kontrakten.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (24) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av tjenester fra OK Entreprenør AS uten forutgående kunngjøring. Innklagede er Ålesundsregionens havnevesen, et interkommunalt samarbeid mellom de tre kommunene, Ålesund, Sula og Giske.
- (25) 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). Det er ulike beløpsgrenser for hva som er kunngjøringspliktig etter henholdsvis anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Klagenemnda vurderer derfor først om forsyningsforskriften kommer til anvendelse på anskaffelsen.

- (26) Det følger av forsyningsforskriften § 1-1 bokstav e) at forskriften kommer til anvendelse på kontrakter «knyttet til utøvelsen av» forsyningsaktiviteten «havner og lufthavner».
- (27) Det følger videre av forsyningsforskriften § 1-7 at forskriften gjelder «for aktiviteter som har til formål å utnytte et geografisk område for å stille til rådighet luft-, sjø- eller innlandshavner eller andre terminalanlegg for luft-, sjø- eller elvetransportører».
- (28) Klager har vist til at området valgte leverandør arbeidet på er et industriområde utenfor containerhavnen på Flatholmen, som i dag brukes som parkeringsplass.
- (29) Slik nemnda forstår det, var formålet med kontrakten med valgte leverandør at grunnen ved området Flatholmen Nord skulle utfylles og planeres etter hvert som egnet masse var tilgjengelig fordi containerhavnen skulle flyttes fra Skutvika til Flatholmen i Ålesund kommune. Innklagede har gradvis opparbeidet området. Det vil da være naturlig at området utnyttes til ulike formål underveis, uten at dette endrer det faktum at området er tilknyttet havnen. Under enhver omstendighet anser klagenemnda det klart at også opparbeiding av areal for nødvendige tilleggstjenester for driften av havnen, som parkingsplass, er omfattet av regelverket.
- (30) Etter nemndas oppfatning innebærer dette at kontrakten er knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter «som har til formål å utnytte et geografisk område for å stille til rådighet [...] sjø- eller innlandshavner», jf. forsyningsforskriften § 1-1 bokstav e), jf. § 1-7. Forsyningsforskriften kommer dermed til anvendelse.
- (31) Klager har også vist til diverse miljøproblematikk, og fremholder blant annet at arbeidet ble utført for å skjule at det dumpes forurensede masser. Klagenemnda skal uttale seg om det er begått brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne, jf. klagenemndsforordningen § 1, jf. § 12 andre ledd. Nemnda kan ikke se at det er anført forhold som strider med anskaffelsesregelverket.
- (32) For at det skal foreligge kunngjøringsplikt må anskaffelsen ha en verdi som overstiger forsyningsforskriftens terskelverdier, jf. forsyningsforskriften § 5-1, jf. § 5-2 (1), jf. § 17-1. Terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter er 4,1 millioner kroner ekskl. mva., og 51,5 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter jf. § 5-2 første ledd.
- (33) Innklagede har foretatt kjøp for totalt 1 891 672,5 kroner inkl. mva. i perioden 1. november 2018 til februar 2019, 1 513 338 kroner ekskl. mva. fra valgte leverandør. Isolert sett ligger dette godt under terskelverdiene, uavhengig av klassifiseringen.
- (34) Spørsmålet er imidlertid om kontrakten med valgte leverandør må anses å være en delkontrakt, slik at den samlede verdien av delkontraktene skal legges til grunn ved beregningen av anskaffelsens verdi. Det følger av forsyningsforskriften § 5-3 (8), at «[d]ersom oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn». Det avgjørende må være hva innklagede visste på tidspunktet for inngåelsen av kontrakten med valgte leverandør.
- (35) I EU-domstolens dom C-16/98 (Sydev) ble det uttalt at det ved vurderingen av om det foreligger én anskaffelse, må tas utgangspunkt i om kontraktene må anses for å dekke det samme tekniske og økonomiske behov. Saken gjaldt en bygge- og anleggsanskaffelse, og omhandlet både kontrakter om elektrisitetsforsyning og veibelysning. Kontraktene om

elektrisitetsforsyning ble ansett for å tilhøre én og samme anskaffelse. I vurderingen ble det lagt vekt på at kontraktene måtte anses for å være sterkt avhengige av hverandre, at kontraktene var inngått omtrent samtidig, med den samme oppdragstakeren, at kontraktsytelsene var ensartete, og at arbeidene skulle utføres innenfor et felles geografisk område.

- (36) Klagenemnda finner det klart at arbeidet valgte leverandør gjorde må ses i sammenheng med det arbeidet som Svinø Entreprenør AS fortsatte etter at innklagede stoppet valgte leverandørs arbeid på det aktuelle arealet. Innklagede har oppgitt at Svinø Entreprenør AS fakturerte ca. 700 000 kroner.
- (37) Utover dette arbeidet kan ikke klagenemnda se det forelå konkrete planer for ytterligere arbeid på tidspunktet for inngåelsen av kontrakten med valgte leverandør. Vår sak skiller seg dermed fra *Sydev* hvor kontraktene som ble vurdert av EU-domstolen var kunngjort samtidig. Nemnda har derfor ikke holdepunkter for at øvrig fremtidig arbeid ved havnen måtte ses i sammenheng med verdiberegningen av kontrakten med valgte leverandør. Nemnda har heller ikke holdepunkter for at arbeidene er delt opp med det formål å unnta kontrakten fra anskaffelsesregelverket.
- (38) Klagenemnda trenger ikke ta stilling til om dette er en bygge- og anleggsanskaffelse eller en tjenestekontrakt. Under alle omstendigheter er kontraktene under terskelverdi for både bygge- og anleggsanskaffelser, og tjenestekontrakter, jf. forsyningsforskriften § 5-1, jf. § 5-2 (1), jf. § 17-1. Avtalens verdi er dermed under terskelverdien for kunngjøringsplikt etter forsyningsforskriften, og anskaffelsen utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Ålesundregionens Havnevesen har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk