



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inngikk kontrakt om bygge- og anleggsarbeider vedrørende utfylling av havnen i Narvik. Kontrakt var inngått uten forutgående kunngjøring, med henvisning til unntaksbestemmelsen om "usedvanlig fordelaktig tilbud" jf. forskriften § 2-1 annet ledd bokstav b. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde godtgjort at vilkårene for å benytte unntaksbestemmelsen var oppfylt. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde handlet grovt uaktsomt, og vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr var derfor ikke til stede.

Klagenemndas avgjørelse 11. mai 2010 i sak 2009/216

Klager: JV Maskin Narvik AS

Innklaget: Narvik Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Usedvanlig fordelaktig tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Det svenske gruveselskapet Luossavaara-Kiirunavaara Aktiebolag (LKAB) frakter årlig en stor mengde jernmalm fra Kiruna til Narvik. Malmen kommer fra Kiruna og har tidligere blitt lagret utendørs på tomter sentralt i Narvik by i påvente av båttransport.
- (2) I 2004-2005 ønsket LKAB å sprengte ut flere store siloer i fjellet, for mellomlagring av jernmalmen før båttransport. I forbindelse med utsprengningen av siloene ville det bli tatt ut store steinmasser, som LKAB ikke hadde noen umiddelbar bruk for. Steinmassene ble derfor tilbudt Narvik kommune til svært fordelaktig pris.
- (3) Narvik kommune inngikk i 2006 en bygge- og anleggsavtale med LKAB om blant annet utfylling av Narvik havn med stein fra fjellsprengningen. Anskaffelsen ble ikke kunngjort. LKAB engasjerte Leonard Nilsen og Sønner AS (heretter kalt valgte leverandør) som underentreprenør til å utføre blant annet arbeidet med utfylling av havnen.
- (4) Grunnet mangel på fyllmasse ble arbeidet innstilt september 2008, og det oppstod tvist mellom Narvik kommune og LKAB. Innklagede har opplyst at det da gjenstod omtrent 20 prosent av fyllingsarbeidene. Narvik kommune og LKAB kom våren 2009 til en minnelig ordning som også omfattet andre forhold det var tvist om, foruten flere

eiendomsoverdragelser. Forliket innebar at Narvik kommune overtok ansvaret for å ferdigstille utfyllingen av Narvik havn.

- (5) Som ledd i forliket fikk Narvik kommune utbetalt 55 millioner kroner fra LKAB. Av disse ble 21 millioner kroner overført til Narvik Havn KF (heretter kalt innklagede) for å fullføre utfyllingen av Narvik havn.
- (6) Valgte leverandør fremsatte 11. september 2009 et tilbud til innklagede om å ferdigstille fyllingsarbeidene for en fastpris på totalt 25,3 millioner kroner. Om prisen står det i tilbudet: *"Vi minner på om at prisene som er brukt i sammenstillingen er priser fra 2006 - uten lønns og prisstigning"*. Av tilbudet fremgår det videre at valgte leverandør *"håper på en avklaring av dette innen utgangen av uke 38"*, dvs. 20. september 2009. Tilbudsprisen ble siden redusert til 24,3 millioner kroner.
- (7) Innklagede innhentet 14. september 2009 en vurdering av valgte leverandørs tilbud fra Norconsult AS. Fra vurderingen fremgår det følgende om prisen i tilbudet:
"Prisene er basert på tilbudet fra 2006, uten at det kreves regulering for lønns og prisstigning for perioden 2006 til 11/9- 2009. Ihht SSBs statistikker har prisstigningen i denne perioden vært 17,6%. I tilbudet er angitt am3 (anbragte m3) som grunnlag.[...]
Ut fra vurderingene ovenfor vil Norconsult AS anbefale at det inngås avtale med LNS AS om ferdigstilling av arbeidene på Fagernesterminalen basert på foreliggende tilbud.
Vi forutsetter at juridisk vurdering av tilbudet i forhold til Forskrift om Offentlige Anskaffelser gjøres av engasjert juridisk rådgiver, og at dette legges til grunn for Narvik Havn KF sin endelige vurdering av tilbudet"
- (8) I e-post 22. september 2009 til Norconsult AS opplyste valgte leverandør at vedståelsesfristen for tilbudet var 30. september 2009.
- (9) Innklagede innhentet 23. og 24. september 2009 to juridiske vurderinger fra advokat Tor J. Strand over hvorvidt det var mulig å inngå avtale med valgte leverandør uten forutgående kunngjøring og konkurranse. Fra vurderingen 24. september 2009 hitsettes:
"Etter min vurdering oppfyller tilbudet fra LNS kravet til «usedvanlig fordelaktig pris som gjør det mulig å anskaffe ytelser som ligger vesentlig under normale markedspriser».
Som nevnt er den nærmere forståelsen av bestemmelsen etter min oppfatning uklar, og jeg kan selvsagt ikke innstå for at Kofa i en eventuell klagebehandling ikke vil vurdere dette annerledes.
Denne usikkerhet kan ikke være avgjørende for Havnestyrets behandling.
Slik jeg vurderer det, vil det være forsvarlig å legge til grunn at vilkåret om usedvanlig fordelaktig pris er oppfylt."
- (10) Innklagede innhentet 24. september 2009 ytterligere en vurdering fra Norconsult AS vedrørende tilbudet fra valgte leverandør. Fra vurderingen hitsettes:
"Det foreligger et tilbud fra LNS as [valgte leverandør] på 24,3 mnok hvilket utgjør ca kr 120 kr/m3 ta.
Tilbudet omfatter leveranse av masser, utlegging i fylling, ivaretagelse av ansvar og tilrettelegging for plastringsarbeider.
Prisen er "låst", og krever ikke regulering for eventuelle endringer i massebehov.

Prisene som ligger til grunn for foreliggende tilbud er basert på priser i konkurransen utsatt anbud fra 2006, uten regulering for prisstigning. Prisstigningen i perioden har vært ca 17 %.

Tilbudet foreligger med frist for antagelse til 30/9-09.

Største kostnadsbærere i tiltaket er leveranse, transport og utlegging av masser i konstruksjonen.

Uttak av masser i massetak/fjell har en "typisk" kostnad på 80 - 100 kr/m³. for uttak, opplasting

Transport av masser har en "Typisk" kostnad 50 - 70 kr/m³ for 6-8 km transport.

Utlegging av masser i fylling har en "typisk" kostnad på ca 40 - 60 kr/m³. Omfatter den metodikk som kreves i anlegget.

Typisk kostnad 170 - 230 kr/m³.

Usikkerhet knyttet til masser, setninger mv som inkluderes i LNS tilbud anslås til 20%.

Dette medfører at beregnet sammenlignbar kostnad er ca 180 - 250 kr/m³ ta. I tillegg kommer kostnader for ivaretagelse av ansvar for eksisterende fylling, og koordinering mot kontrahert plastring.

Alternativ leverandør vil måtte ivareta et ansvar for allerede foretatt utfylling. Alternativ leverandør må også ivareta koordinering mellom sine aktiviteter og den avtale om plastring som foreligger mellom Narvik Havn KF og LNS. Prising av dette ansvar er vanskelig å anslå.

"Typisk" kostnad for tiltaket er, basert på vurderingene ovenfor, ca 200kr /m³, og typiske vilkår er regulering etter virkelige mengder. Det er knyttet usikkerhet til beregningene.

Avvik mellom foreliggende tilbud (ca 120 kr/m³) og "typisk kostnad" på 200 kr/m³ er 80 kr/m³, eller 40 %. Dette uten at det er tatt hensyn til kostnader knyttet til ivaretagelse av ansvar for eksisterende fylling, og koordinering i forhold til plastringskontrakten."

- (11) Spørsmålet om inngåelse av kontrakt på bakgrunn av tilbudet fra valgte leverandør ble behandlet i Narvik havnestyre 24. september 2009. Fra utskrift av møteboken hitsettes:

"Leonard Nilsen & Sønner AS (LNS) fremmet den 11.9.2009 tilbud om å ferdigstille arbeidene på terminalområdet til kote + 3,75 for en fast pris på ca. kr. 24,3 mill., eksklusiv merverdiavgift. LNS vedstår seg tilbudet til 30.9.2009. Det er opplyst at arbeidene kan igangsettes umiddelbart etter at arbeidene er bestilt.

Havnestyret behandlet i går forholdet til reglene om offentlig anskaffelse. Spørsmålet om direkte anskaffelse uten kunngjøring ble vurdert. Dette med bakgrunn i brev av 14.9.2009 fra Norconsult AS, brev av 23.9.09 fra advokat Tor J. Strand og den gjennomgang som ble foretatt i møtet. Havnestyret la til grunn at tilbudet fra LNS er lavere enn gjeldende terskelverdi, og at anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke lar seg gjennomføre i det tidsrom tilbudet foreligger. Havnestyret ønsket en grundig belysning av om tilbudet er "usedvanlig fordelaktig", og administrasjonen ble bedt om å utrede nærmere om prisen er vesentlig lavere enn normal markedspris.

Det er i dag innhentet tilleggsuttalelser fra Norconsult AS og advokat Strand. Det vises til epost av 24.9.09 fra Norconsult AS og brev av 24.9.09 fra advokat Tor J. Strand. På denne bakgrunn kan det legges til grunn at tilbudet fra LNS har en pris som er vesentlig

lavere enn normal markedspris, og at det derfor er usedvanlig fordelaktig. Anskaffelsesforskriftens § 2-1 (2) b gir derfor hjemmel til direkte anskaffelse uten kunngjøring.”

- (12) Innklagede og valgte leverandør inngikk avtale om utførelse av arbeidene til en pris av 24 344 151 kroner, eksklusiv merverdiavgift. Avtalen ble signert 30. september og 1. oktober 2009.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. oktober 2009 av JV Maskin Narvik AS (heretter kalt klager).

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at innklagede har gjort en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør uten forutgående kunngjøring.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider at det er gjort en ulovlig direkte anskaffelse.
- (16) Innklagede anfører at tilbudet fra valgte leverandør var usedvanlig fordelaktig, og at det ikke var mulig å gjennomføre en konkurranse i det tidsrommet tilbudet var gyldig.
- (17) Innklagede anfører at selv om anskaffelsen i utgangspunktet er kunngjøringspliktig, var vilkårene for å unnlate kunngjøring etter forskriften § 2-1 annet ledd bokstav b oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (18) 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. Klagen er rettidig.

Om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (19) 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”*
- (20) Den aktuelle anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt til en verdi av 24,3 millioner kroner og følger da lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlig anskaffelser del I og II, jf. § forskriften § 2-1 annet ledd, jf. § 2-2 første ledd. Plikten til å kunngjøre slike kontrakter følger av forskriften § 9-1.
- (21) Innklagede anfører at unntaket for *”usedvanlig fordelaktig tilbud”* i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav b, kommer til anvendelse i denne sak. Bestemmelsen er et unntak for anskaffelser som i utgangspunktet følger forskriften del I og II. I følge § 2-1 annet ledd bokstav b gjelder kun forskriften del I, og dermed ikke kunngjøringsplikten, dersom:

”det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelser til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser, og en anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke lar seg gjennomføre i det tidsrommet tilbudet foreligger”

- (22) Det foreligger ingen praksis om forståelsen av bestemmelsen. Det er imidlertid lagt til grunn av både EU-domstolen og klagenemnda at reglene som gjør unntak for

kunngjøringsplikten skal fortolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt, jf. EU-domstolens saker C-157/06 premiss 23 og C-250/07 premiss 34, og klagenemndas saker 2008/81 premiss (37) og 2009/178 premiss (41) med videre henvisninger.

- (23) Bestemmelsen i forskriften § 2-1 annet ledd bokstav b er en likelydende videreføring av den gamle forskrift 15. juni 2001 nr. 61 om offentlige anskaffelser § 11-2 første ledd bokstav c. I forarbeidene til forskriften, NOU 1997:21, er bestemmelsen kommentert slik:

"Det fremgår av vilkårene at det skal svært meget til for at bestemmelsen kommer til anvendelse. Anvendelse av bestemmelsen krever meget god kjennskap til hele det aktuelle markedet hvor ytelsen kan anskaffes."

- (24) Bestemmelsen i den gamle forskrift 15. juni 2001 nr. 61 om offentlige anskaffelser § 11-2 første ledd er kommentert i Dragsten og Lindalen, *Offentlige anskaffelser kommentarutgave*, 2005, på side 1361, der det står:

"Bestemmelsens formål er å gi oppdragsgiver mulighet til å benytte seg av kortvarige og gode tilbud i markedet. [...] Er det imidlertid klart at prisen ligger vesentlig under markedspris, er det lite trolig at en konkurranse ville ført til et annet resultat."

- (25) Det første spørsmålet er om valgte leverandørs tilbud var et *"usedvanlig fordelaktig tilbud"*. Dette er i bestemmelsen videre presisert som *"en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser"*.

- (26) Hvor mye en pris må ligge under markedspris for at den skal være *"vesentlig"*, lavere må fastlegges etter en helhetsvurdering i det enkelte tilfellet.

- (27) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, er det likevel ikke nødvendig å ta stilling til om det i denne sak foreligger et *"usedvanlig fordelaktig tilbud"*.

- (28) Når et *"usedvanlig fordelaktig tilbud"* er definert som *"en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser"*, kreves det at innklagede har kunnskap om hva som er *"normale markedspriser"*. Spørsmålet blir så hvor god innsikt innklagede må ha i det aktuelle markedet for å kunne konkludere med at tilbudet er *"usedvanlig fordelaktig"*.

- (29) Som nevnt over, fremgår det av forarbeidene til bestemmelsen at det *"kreve[s] meget god kjennskap til hele det aktuelle markedet hvor ytelsen kan anskaffes."* Denne formuleringen bærer bud om at det må stilles relativt strenge krav til oppdragsgiverens innsikt i markedsprisene. Hvor strenge krav som skal stilles, må avgjøres ut fra omstendighetene i det enkelte tilfellet, og vil blant annet være avhengig av anskaffelsens størrelse.

- (30) I denne saken har innklagede forelagt valgte leverandørs tilbud for en ekstern konsulent, Norconcult AS, for vurdering. I vurderingen 24. september 2009 kommenteres hva som anses som *"typisk"* kubikkmeterpris på henholdsvis uttak, transport og utlegging av masser. Det konkluderes så med at:

"Typisk" kostnad for tiltaket er, basert på vurderingene ovenfor, ca 200kr /m3, og typiske vilkår er regulering etter virkelige mengder. Det er knyttet usikkerhet til beregningene."

- (31) Det fremgår ikke av vurderingen hva som ligger til grunn for å fastslå hva som er *"Typisk kostnad"*. Det fremgår heller ikke hva som ligger i begrepet *"Typisk kostnad"*.

De ”*typiske kostnader*” er dessuten angitt med et ikke ubetydelig spenn i lav og høy pris. Dette øker usikkerheten ved den vurdering som er gitt.

- (32) Utover vurderingen 24. september 2009 fra Norconsult AS, gjorde innklagede ingen undersøkelser av markedet, kontaktet ikke andre leverandører eller på annen måte sørget for å skaffe seg god kjennskap til det aktuelle markedet. Nemnda bemerker at valgte leverandørs tilbud var en fastpris på det arbeidet som skulle utføres. Det er således hva som var ”*normale markedspriser*” for å utføre arbeidet til en fastpris innklagede skulle skaffe seg oversikt over. Innklagede har imidlertid kun søkt å skaffe seg oversikt over markedspriser per kubikkmeter.
- (33) Direkte anskaffelser uten forutgående kunngjøring og konkurranse bryter med de prinsipper og hensyn som regelverket for offentlige anskaffelser bygger på. Faren for omgåelse av regelverket tilsier at det stilles strenge krav til dokumentasjon for at vilkårene for unntak fra kunngjøringsplikten er oppfylt. I denne saken er det tale om en anskaffelse av betydelig verdi, 24,3 millioner kroner, og dette skjerper innklagedes plikt til å skaffe seg kunnskaper om hva som er ”*normale markedspriser*”.
- (34) Innklagede har i denne saken kun innhentet én uttalelse fra én konsulent om hva som er ”*Typisk kostnad*”, uten noen angivelse av hva vurderingen er basert på eller innebærer. Klagenemnda kan da ikke se at innklagede i tilstrekkelig grad har dokumentert å ha skaffet seg den nødvendige kunnskap om det aktuelle markedet.
- (35) Innklagede har på denne bakgrunn ikke godtgjort at det forelå ”*et usedvanlig fordelaktig tilbud*”, som gjorde det ”*mulig å anskaffe ytelser til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser*”. Innklagede hadde da plikt til å kunngjøre kontrakten, og unnlattelse av dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b første ledd.
- (36) Uten at det er nødvendig å ta endelig stilling til det, bemerker klagenemnda at det andre og kumulative vilkår for å benytte unntaksbestemmelsen i § 2-1 annet ledd bokstav b, at ”*en anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke lar seg gjennomføre i det tidsrommet tilbudet foreligger*”, synes å være oppfylt.

Skyldkravet

- (37) Skyldkravet ved overtredelsesgebyr er i loven § 7b første ledd beskrevet som at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, må ha opptrådt ”*forsettlig eller grovt uaktsomt*”. 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 uaktsomt 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 en 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.”

- (38) Det fremkommer av sakens dokumenter at innklagede har vært oppmerksom på risikoen ved å inngå kontakt uten forutgående kunngjøring.
- (39) Spørsmålet er hvorvidt innklagede opptrådte grovt uaktsomt ved ikke å gjøre mer for å skaffe seg bedre kjennskap til markedet enn kun å innhente vurderingen fra Norconsult AS.

- (40) Det foreligger ingen tidligere praksis om forståelsen av hvor god kjennskap til markedet som kreves før unntaksbestemmelsen i § 2-1 annet ledd bokstav b kommer til anvendelse. Innklagede har søkt å skaffe seg nødvendig kunnskap om forståelsen av regelverket. Innklagede innhentet to vurderinger fra advokat Tor. J. Strand der det konkluderes med at det er uklart om vilkårene for unnlatt kunngjøring er oppfylt. I vurderingene påpekes det at rekkevidden av unntaksbestemmelsen ikke tidligere er avklart.
- (41) Innklagede søkte å skaffe seg grunnlag for å foreta en forsvarlig vurdering av hva som var "normale markedspriser", ved å innhente en rapport fra ekstern konsulent. Klagenemnda har over konkludert med at denne rapporten ikke i seg selv var tilstrekkelig som dokumentasjon for at unntaket var oppfylt. At innklagedes vurdering av hvor god kjennskap til markedet som var nødvendig for å benytte unntaksbestemmelsen ikke var korrekt, kan kritiseres, men kan i foreliggende sak ikke anses tilstrekkelig til å konstatere at innklagede handlet grovt uaktsomt.
- (42) Da innklagede ikke har opptrådt grovt uaktsomt, er ikke skyldkravet oppfylt, og det foreligger ikke grunnlag for å sanksjonere den ulovlige direkte anskaffelsen med overtredelsesgebyr.

Konklusjon:

Narvik Havn KF har brutt forskriften § 9-1 ved ikke å kunngjøre anskaffelsen.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

11. mai 2010


Georg Fredrik Rieber-Mohn