



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemnda ilegger Hadsel kommune et gebyr pålydende 35 000 kroner for en ulovlig direkte anskaffelse i tilknytning til at kontrakter vedrørende kommunes anskaffelse av gang- og sykkelvei langs RV 82, ikke ble kunngjort. Klagenemnda fant at Hadsel kommune hadde opptrådt grovt uaktsomt ved beregningen av anskaffelsens verdi, og at det etter en totalvurdering var grovt uaktsomt av innklagede å inngå kontrakt med valgte leverandør, uten å utlyse konkurranse for hele anskaffelsen.

Klagenemndas avgjørelse 5. november 2009 i sak 2009/55

Klager: TT Maskin og Transport AS

Innklaget: Hadsel kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

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

Innledning:

Det vises til klage fra TT Maskin og Transport AS 10. mars 2009. Klagenemnda er kommet til at Hadsel kommune ilegges et gebyr på 35 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemme i lov om offentlige anskaffelser § 7b, jf. § 7a (1).

Bakgrunn:

(1) I forbindelse med avslutningsarbeid etter Kystverkets uttak av steinmasser fra Hadsel kommunes (heretter innklagede) steinbrudd på Børøya, Stormarknes, tok innklagede initiativ til å benytte overskuddssteinen til grovplanering av en lenge planlagt gang- og sykkelvei langs RV 82, mellom Statoil og Turistsenteret AS på Børøy.

(2) Rådmannen i Hadsel kommune utarbeidet i den forbindelse følgende forslag til vedtak:

"Formannskapet vedtar at Hadsel kommune igangsetter arbeid og medvirker til at prosjektet gang- og sykkelveg langs RV 82 på Børøya, parsell Statoil – Turistsenteret as, kan gjennomføres raskt og i forbindelse med avslutningsarbeidene i kommunens steinbrudd på Børøya. Prosjektet forutsettes gjennomført som et samarbeidsprosjekt mellom kommunen og private industrivirksomheter i området. Kommunens medvirkning i prosjektet finansieres ved investeringsmidler begrenset oppad til kr 100.000,-, Ansvar 07037, Post 01200."

(3) Fra innklagedes saksutredning i forbindelse med sakens behandling i formannskapet fremgår blant annet følgende:

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

"FAKTA I SAKEN

Det har i lengre tid vært arbeidd med å komme i gang med anlegg av gang- og sykkelvei langs RV 82 mellom Statoil og Turistsenteret as på Børøya. Dette med bakgrunn i at vegstrekningen fremstår som meget trafikkfarlig, og at det er mange som benytter riksveien til- og fra arbeid på industriområdet bak på Børøya. Saken har vært fremlagt ovenfor Vegvesenet, og tilbakemeldingene derfra tilsier at de ikke vil kunne bidra til realisering av dette vegprosjektet før tidligst etter 2011. Vegvesenet vil imidlertid bygge en busslomme med tilknytning til Industriveien ved vegkrysset mellom RV 82 og nedkjøringa til industriområdet. Skal det komme en lenge etterlengtet gang- og sykkelvei på denne strekningen de nærmeste årene, fremstår kommunalt engasjement for realisering som eneste aktuelle alternativ.

VURDERINGER

Det er vegvesenets ansvar å sørge for gang- og sykkelveier langs riksveier. Kommunene kan søke om tilskudd til denne type tiltak gjennom trafikksikkerhetsmidler tildelt fra staten. En forutsetning for å motta tilskudd, er at anlegget er prioritert i godkjent trafikksikkerhetsplan.

Kommunen har ikke prioritert dette anlegget i gjeldende plan. Ny prioritering må evt. gjøres gjennom en revisjon av gjeldende plan, før kommunen kan søke om tilskudd. Dette vil nødvendigvis ta tid.

Aktuelle vegtrasé er medtatt i kommunens godkjente kommuneplan, arealdelen, som fremtidig veganlegg. Anlegget er ikke detaljprosjektert, ut over en enkel kostnadsberegning. I kommunens steinbrudd på Børøya, hvor anleggsarbeidet i regi av Kystverket er i avslutningsfasen, er det tilgjengelig steinmasser til dette gang- og sykkelveiprojektet. Det er derfor aktuelt å vurdere et samarbeidsprosjekt mellom kommunen og private industriaktører, i den hensikt å få til et spleiselag for gjennomføringen av prosjektet. Det haster nå å få en avklaring i saken, slik at en kan dra fordeler av den anleggsvirksomheten som nå foregår i "Bruddet".

I denne omgang er det derfor aktuelt å foreta en grovfylling av gang- og sykkelvei traséen der det ligger til rette for dette, ca 200 meter. Øvrige arbeider forutsettes gjennomført så langt pengene rekker, avhengig av hvor mye de private aktørene vil medvirke. Kontakt mot disse er etablert. Det er gitt tilbakemelding fra næringslivet på min kr. 400.000,- til prosjektet. Med kommunenes forutsatte bidrag vil prosjektet ha disponibelt min kr. 500 000,-, som vil bidra til en god start på anleggsarbeidet. Dette fremstår som eneste mulighet til en relativt rask gjennomføring av prosjektet. Vegvesenet stiller i utgangspunktet krav til utarbeidelse av regulerings- og utbyggingsplan for prosjektet. Det er etter senere kontakt om saken funnet tilstrekkelig med en forenklet utbyggingsplan. Dette vil bli fulgt opp fra kommunen som forespurt og avtalt.

ØKONOMISKE KONSEKVENSER

Økonomiske konsekvenser for kommunen vil beløpe seg til kostnader til organisering, opplasting og utkjøring, samt anordning av deponerte steinmasser i gang- og sykkelveitraséen. Kommunens bidrag forutsettes finansiert ved bruk av budsjetterte investeringsmidler begrenset oppad til kr 100.000,-, Ansvar 07037, Post 01200.

KONKLUSJON

Rådmannen tilrår overfor Formannskapet å medvirke til at prosjektet gang- og sykkelveg langs RV 82 på Børøya, parsell Statoil – Turistsenteret as, kan gjennomføres raskt og i forbindelse med avslutningsarbeidene i kommunens steinbrudd på Børøya. Prosjektet forutsettes gjennomført som et samarbeidsprosjekt mellom kommunen og privat industrivirksomheter i området.”

- (4) Formannskapet i Hadsel kommune fattet 18. juni 2008 følgende vedtak:

”Formannskapet vedtar at Hadsel kommune igangsetter arbeid og medvirker til at prosjektet gang- og sykkelveg langs RV 82 på Børøya, parsell Statoil – Turistsenteret as, kan gjennomføres raskt og i forbindelse med avslutningsarbeidene i kommunens steinbrudd på Børøya.

*Prosjektet forutsettes gjennomført som et samarbeidsprosjekt mellom kommunen og privat industrivirksomhet i området.
Kommunens medvirkning i prosjektet finansieres ved investeringsmidler begrenset oppad til kr. 100 000,-.”*

- (5) Innklagede sendte 10. oktober 2008 forespørsel til aktuelle entreprenører i regionen om gjennomføringen av arbeidet. Av forespørselen fremkommer blant annet:

”Hadsel kommune forbereder i samarbeid med Statens vegvesen oppstart på anleggsarbeider på gang- og sykkelvei langs RV 82, parsell Statoil – Turistsenteret AS.

Arbeidet omfatter rensk av trasé, opplasting, utkjøring og anordning av ca 3.000 m³ lagrete steinmasser fra ”Bruddet” i grovfylling, som bærelag for 350 m gang- og sykkelvei i 3 meters bredde langs RV 82.

Det skal videre opparbeides en dobbel busslomme ved Statoil-krysset.

Det er planlagt nedlagt 2 større stikkrenner i traseen, med diameter hhv 800 og 1200mm.

Det tas videre sikte på å fortsette opprydding og sikring av ”Bruddet” ved nedsprenning av ca. 10.000 m³ fast fjell, deponert og anordnet i skråning. Det må påregnes en del jordarbeider i denne sammenheng.

Tilbudene er som fremgår av ovennevnte to-delt og merkes hhv ”Gang- og sykkelvei”, og ”Bruddet” Børøya.”

- (6) TT Maskin og Transport AS (heretter kalt klager), inngav tilbud innen tilbudsfristen. Av tilbudet fremkommer blant annet:

”Gang- og sykkelvei:

Opplasting, utkjøring og anordning av 3000 kubikk lagrete masser fra bruddet i grovfylling, som bærelag for 350 meter gang og sykkelvei i 3 meters bredde langs RV 82. Videre omfatter arbeidet opparbeidelse av en dobbel busslomme ved Statoilkrysset og nedsetting av to stikkrenner i traseen. Rør leveres av Hadsel kommune.

Pris: 219.000,- eks mva.

Det tas forbehold om rør, kabler og fjell i trase.

Bruddet Børøya:

Nedsprenget av 10 000 kubikk fast fjell, deponert og anordnet i skråning inkl. en del jordarbeid.
Pris: 433.000,- eks.mva.

- (7) Ved tilbudsfristens utløp var fem tilbud innkommet. Tilbudet fra Hadsel Maskin AS (heretter valgte leverandør), hadde lavest pris. Ved evalueringen av tilbudene utarbeidet innklagede følgende tabell:

	Tilbyder	Gang- og sykkelvei avg.fritt 1000 kroner	"Bruddet" Nedsprenget av "stuff" 1000 kroner	Samlet "Tilbud" Eks.avgift 1000 kroner
1	TT-Maskin AS	219	433	652
2	Schjeldrup Maskin AS	290	521	811
3	Brekken & Sønner AS	224	346	570
4	Hadsel Maskin AS	61	250	311
5	Bulldozer Maskinlag AS	220	405	625

Merknader til tilbud:

1. Alt inkl. iht. forespørsel
 2. Jordarbeider kommer som tillegg for "brudd"; inkl. rør til stikkrennene i g/svei ekstra for arbeider med busslomme
 3. Alt inkl. iht. forespørsel
 4. Ikke spesifisert for arbeider med stikkrennene g/svei; jordarbeider kommer i tillegg for "Brudd"
 5. Alt inkl. iht. forespørsel."
- (8) Innklagede sendte tildelingsbrev til tilbyderne 27. oktober 2008, hvor det fremkommer at valgte leverandørs tilbud var det rimeligste, og at innklagede således tok sikte på å inngå kontrakt med dette selskapet.
- (9) Det ble avholdt kontraktsmøte mellom innklagede og valgte leverandør 7. november 2008. Fra møtereferatet fremkommer:

"Kontraktsmøte

**Gang- og sykkelvei langs RV 82 på Børøya; Parsell Statoil – Turistsenteret AS
Opprydningsarbeider "Bruddet" Nedsprenget av "Stuff"**

Sted: Hadsel rådhus

Tilstede: Espen Jenssen fra Hadsel Maskin AS
Jens-Are Johansen fra Hadsel kommune.

Gjennomgang og avklaring i forhold til innlevert tilbud. Deretter befaring av "Brudd" og gang- og sykkelveitrasé.

Det er ikke forhold som tilsier tiltak i forhold til antakelse av entreprenør, jmf. skriv fra kommunen av 27.10.08 til Hadsel Maskin AS.

Det er utferdiget kontrakt som overleveres HMas til underskrift i dag.

Under befaringen fremkom forslag med sikte på å klargjøre strekningen fra Turistsenteret AS forbi "Bruddet" til opparbeidelse av g/s-vei.

Noen mindre bergknauser må da sprenge bort.

Dette arbeidet forutsettes gjennomført med utgangspunkt i innhentet tilbud på sprenging av disse. Hadsel kommune besørger rydding av traseen for trær og kratt i 10 meters bredde, uke 46.

Hadsel kommune forestår utstikking av veitraseén, med parallellforskjøvet stikninglinje 10 meter fra senterlinje g/s-vei, uke 46.

Veigrøfta forbi "Bruddet" skal jordkledes etter avtale med Statens vegvesen.

Arbeidet forutsettes utført som tilleggsarbeid med utgangspunkt i tilbudets enhetspriser.

Ingen andre anførte forhold."

- (10) Innklagede og valgte leverandør inngikk kontrakt 10. november 2008. Av avtalen fremkommer det under rubrikk 1, kontraktsarbeid, at "Entreprenøren påtar seg å utføre følgende kontraktsarbeid: Gang- og sykkelvei langs RV 82 på Barøya Parsell Statoil – Turistsenteret AS. Oppryddingsarbeider "Bruddet" Nedsprenging av "Stuff". Kontraktssummen er oppgitt å være 311 240,- kroner eksklusiv merverdiavgift. Under avtalens punkt 2 fremkommer følgende tabell:

Tilbudssum		311 240,-
Gang- og sykkel kr 61 240,-		311.240,-
	Sum eksklusiv avgift	311.240,-
	Merverdiavgift 25 %	62.500,-
	Kontraktssum	373 740,-

- (11) Etter at muligheten til å benytte tilgjengelige økonomiske midler til en videreføring av prosjektet var vurdert, ble det 9. februar 2009 inngått en ny avtale mellom innklagede og valgte leverandør. I rubrikken "Kontraktsarbeid" fremkommer at valgte leverandør påtar seg å utføre "Gang- og sykkelvei langs RV 82 på Barøya Parsell Statoil – Turistsenteret AS." Kontraktssummen er i avtalen oppgitt å være 200 100,- kroner eksklusiv merverdiavgift. Av tabellen tilknyttet avtalens punkt 2, "Kontraktssum", fremkommer følgende:

Tilbudssum		200.100,-
Gang- og sykkelvei pel 0 – 350		200.100,-
Jordarbeider/trauing 350 * 5 a kr. 8,- : kr 14.000,-		
Innkjøring av sprengte masser 350 * 4 * 0,5 a kr 17,- : kr		

11.900,-		
Sprengningsarbeider iht masseberegninger	: kr 174.200,-	
	Sum eksklusiv avgift	200.100,-
	Merverdiavgift 25 %	
	Kontraktssum	200.100,-

- (12) Det ble i tillegg, 19. februar 2009, inngått en ny avtale mellom innklagede og valgte leverandør, hvor kontraktsarbeidet ble beskrevet på tilsvarende måte. Under avtalens punkt 2, "Kontraktssum", er tilbudssummen på 149 450,- kroner eksklusiv merverdiavgift angitt å omfatte:

Tilbudssum		
Forsterkningslag iht tilbud Pel 0 – 700		
30 cm tykkelse i 3,5 bredde: $0,3 * 3,5 * 700 = 735 \text{ m}^3$		
Kr 61 pr m^2 : $3,5 * 700 = 2450 \text{ m}^2$ a kr 61,- =>		149.450,-
Arbeidet omfatter leveranse av masser, transport og utlegging av komprimerte masser		
Veganlegget skal for angitte kontraktssum leveres komplett klar for påføring av slitelag 15 cm tykkelse		
Grøfter og skråninger skal være ferdigstilt		
Moms beregnes bare av masseleveransen		
	Sum eksklusiv avgift	149 450,-
	Merverdiavgift 25 %	
	Kontraktssum	

- (13) I løpet av prosessen ble det klargjort at Statens vegvesen ville bidra med 150 000,- kroner, samt at de to private næringslivsaktørene ville bidra med henholdsvis 200 000,- kroner og 320 000,- kroner.
- (14) Valgte leverandør har, i henhold til ovennevnte kontrakter, gjennomført arbeidet med å påføre gang- og sykkelveitraseen en gradert forsterkning.
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klagers brev 10. mars 2009. Klagenemnda sendte 5. oktober 2009 forhåndsvarsel om illeggelse av gebyr pålydende 40 000 kroner. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer. Klagenemnda mottok kommentarer ved innklagedes brev 22. oktober 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Klager viser til at innklagede, 10. oktober 2008, sendte ut forespørsel om tilbud på gang- og sykkelvei langs riksvei 82 på Børøya. Forespørselen gjaldt den første delen, ca 350 meter, av en større planlagt gang- og sykkelvei. I ettertid har valgte leverandør også påbegynt siste delen av gang- og sykkelveien, som er en mer kostnadskrevende jobb, uten at andre leverandører er forespurt. Klager anfører at det er i strid med regelverket å dele opp en anskaffelse for å unngå å komme over terskelverdien for kunngjøring. Etter forskriften § 2-3 er det den verdi innklagede anslår på tidspunktet det innhentes tilbud,

som er avgjørende i forhold til kunngjøringsplikten. Klager viser til at det i referatet fra kontraktsmøtet fremkommer at det ble avtalt videreføring av arbeidet allerede før det første anleggsarbeidet startet. Klager anfører på denne bakgrunn at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (17) Innklagedes påstand om at andre tilbydere trolig ikke kunne levere til samme pris som valgte leverandør, og at det praktisk ville være uheldig med flere aktører i anleggsområdet, er ikke holdbar. Det foreligger ikke tungtveiende grunner for at kommunen kan videreføre gang- og sykkelveien uten å kunngjøre en konkurranse.

Innklagedes anførsler

- (18) Innklagede anfører at det ble rettet en forespørsel til lokale tilbydere om tilbud på en grovfilling av gang- og sykkelvei på ca 350 meter. Anskaffelsesverdien på arbeidet var forutsatt å være mindre enn 500 000,- kroner.
- (19) Innklagede fremhever at det underveis i anleggsarbeidet viste seg å være behov for større masser enn det som først var forutsatt og tilgjengelig. Dette kunne skaffes ved uttak av sprengte masser et annet sted i den planlagte vegtraséen. Ettersom valgte leverandør hadde inngitt et gunstig tilbud, ble det besluttet å videreføre arbeidet innenfor tilgjengelige midler. Det ble således inngått en ny avtale 9. februar 2009. Det ble i den forbindelse ikke innhentet nye tilbud fra de andre tilbyderne ettersom det var lite sannsynlig at andre aktører ville levere til samme pris. I tillegg fremhever innklagede at det ville være praktisk uheldig med flere aktører innenfor samme avgrensede anleggsområde, ettersom det ville bli mye trafikkbelastning på RV 82. Avtalen inngått 19. februar 2009 omfatter kjøp av masser og utlegging av forsterkningslag. Alle arbeidene er finansiert innenfor det opprinnelige budsjett.
- (20) Innklagede anfører videre at oppdraget ble gjennomført som et tilnærmet sysselsettingstiltak. Det vises til at det ikke hadde vært mulig å gjennomføre arbeidet uten å samordne anleggsarbeidene, gang- og sykkelveiprojektet og avslutningsarbeidene i steinbruddet.
- (21) Innklagede viser i tillegg til at prosjektet er finansiert av private aktører, Statens vegvesen og innklagede. De private aktørene, som er to industrivirksomheter på Børøya, har bidratt med henholdsvis 200 000,- kroner og 320 000,- kroner, Statens vegvesen har bidratt med 150 000,- kroner, og innklagede har selv dekket 100 000,- kroner av kostnadene i forbindelse med arbeidet.
- (22) I bemerkningene til forhåndsvarselet uttaler innklagede innledningsvis at klagenemnda ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til prosjektets spesielle karakter, herunder det forhold at det ikke var praktisk mulig med flere aktører i anleggsarbeidet. Det anmodes på denne bakgrunn om at klagenemnda revurderer gebyrets størrelse. I den forbindelse vises det også til prosjektets betydning for å bedre trafiksikkerhet langs riksvei 82 på Børøya.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klagen inneholder påstand om ulovlig direkte anskaffelse hvor frist for å klage er to år fra kontraktsinngåelse, jf. klagenemndsforskriften § 13a (2). Kontrakten ble inngått 10. november 2008, og klagefristen er dermed overholdt. Anskaffelsen følger etter sin

opplyste verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften § 2-1 og § 2-2.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

- (24) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1.
- (25) Klagenemnda forstår klager slik at det anføres at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved at kontraktene tilknyttet innklagedes anskaffelse av gang- og sykkelveien langs RV 82 ikke ble kunngjort. Det vises til at det er i strid med forskriften § 2-3 (4) å dele opp kontrakten i flere mindre kontrakter i den hensikt å unngå at bestemmelser i forskriften kommer til anvendelse.
- (26) Innledningsvis bemerkes at foreliggende kontrakter er tildelt av et kommunalt organ, men finansiert som et samarbeidsprosjekt mellom innklagede, som har bidratt med 100 000 kroner, Statens vegvesen, som har bidratt med 150 000 kroner og to private næringslivsaktører som til sammen har bidratt med 520 000 kroner. Etter forskriften § 1-2 (1) omfattes kommunale myndigheter av regelverket. Selv om private aktører har bidratt til finansiering av deler av anskaffelsen, omfattes anskaffelser foretatt av en kommunal myndighet av forskriften. Dette gjelder også der det kommunale og/eller statlige bidraget kun utgjør en mindre del av anskaffelsens verdi.
- (27) Det følger av forskriften § 2-1 (2), jf. § 9-1 (1) at kontrakter, hvor den anslåtte verdi overstiger 500 000 kroner, skal kunngjøres. Den første problemstillingen er således hva som utgjør innklagedes anskaffelse, og hva som skal legges til grunn ved beregningen av terskelverdien i foreliggende sak. Et naturlig utgangspunkt i vurderingen av hva som utgjør én anskaffelse, er om de enkelte kontrakter henger sammen og er ment å oppfylle samme funksjon.
- (28) I EF-domstolens sak C-16/98, "Sydev-dommen", fremkommer at det må foretas en konkret vurdering, hvor momenter som kan være relevante ved vurderingen av om delarbeider skal anses som én anskaffelse, blant annet kan være om arbeidene sammen oppfyller en teknisk og økonomisk funksjon, herunder om det er sterk sammenheng og avhengighet mellom arbeidene, om kontraktene utlyses samtidig, om det er samme oppdragsgiver som utlyser arbeidene, samt hvilken geografisk ramme kontraktene har.
- (29) I veilederen til reglene om offentlige anskaffelser, side 49 følgende, fremheves også en rekke momenter som kan være relevante ved vurderingen av om delarbeider skal ses i sammenheng ved beregningen av terskelverdien. Momentene tilsvarer i all hovedsak de som fremheves i EF-dommen som er gjengitt ovenfor.
- (30) Innklagede ber i brev 10. oktober 2008 om tilbud på to delarbeider. Det ene er beskrevet slik: *"Arbeidet omfatter rensk av trasè, opplasting, utkjøring og anordning av ca 3.000*

m3 lagrete steinmasser fra "Bruddet" i grovfylling, som bærelag for 350 m gang- og sykkelvei i 3 meters bredde langs RV 82. Det skal videre opparbeides en dobbel busslomme ved Statoil-krysset. Det er planlagt 2 større stikkrenner i traseen, med diameter hhv 800 og 1200 mm." Den andre delen av arbeidet er beskrevet slik: "Det tas videre sikte på å fortsette opprydding og sikring av "Bruddet" ved nedsprenning av ca 1.000 m3 fast fjell, deponert og anordnet i skråning. Det må påregnes en del jordarbeider i denne sammenheng." Innklagede uttaler deretter at tilbudene er to-delte.

- (31) De nevnte arbeidene fremstår som avhengige av hverandre, og synes å ha til formål å dekke samme behov, ettersom massene som skal brukes til gangveien skal hentes fra "Bruddet". Innklagede inngår deretter tre kontrakter med valgte leverandør, henholdsvis 10. november 2008, 9. februar 2009 og 19. februar 2009. Alle tre kontraktene omhandler ulike former for arbeid på gang- og sykkelveien og i "Bruddet". Arbeidene som omfattes av de to siste kontraktene er avhengige av at arbeidet som omfattes av den første kontrakten, er gjennomført, og det er således nær sammenheng mellom kontraktene. Det er videre på det rene at alle tre kontraktene har samme formål, nemlig å opparbeide en gang- og sykkelvei langs RV 82. Klagenemnda legger på denne bakgrunn til grunn at det er tale om én anskaffelse.
- (32) Det må videre vurderes hva verdien av innklagedes anskaffelse skal beregnes til "på det tidspunktet oppdragsgiver etter en forsvarlig vurdering av markedet begynner å innhente tilbud", jf. forskriften § 2-3 om beregning av anskaffelsens verdi.
- (33) Det følger av forskriften § 2-3 (1) at anskaffelsens verdi skal "beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiveren kan komme til å betale for anskaffelsen, ekskl. mva., for de kontrakter som utgjør anskaffelsen.". Bestemmelsen er et utslag av alminnelige omgåelsesbetraktninger, og fastsetter en generell forpliktelse for oppdragsgiver til å foreta en lojal fastsettelse av anskaffelsens verdi, jf. Dragsten/Lindalen, Offentlige anskaffelser, kommentarutgave, side 509 følgende. Oppdragsgiver skal foreta en realistisk skjønnsvurdering ut fra objektive parametre. Har oppdragsgiver ikke foretatt en forsvarlig vurdering av fremtidig behov, og dette resulterer i at reglene i forskriften § 2-3 ikke anvendes korrekt, vil det være et brudd på forskriften, jf. Dragsten/Lindalen Offentlige anskaffelser, kommentarutgave, side 512. Det er innklagede som må dokumentere at det er foretatt en forsvarlig vurdering, og at anskaffelsen ligger under terskelverdien, jf. klagenemndas sak 2007/90.
- (34) Klagenemnda har lagt til grunn at de tre kontraktene som ble inngått, må anses som én anskaffelse. I vurderingen av om innklagede har foretatt en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi, må klagenemnda således se hen til samtlige tre kontrakter. Når kontraktene ses under ett, utgjør den samlede kontraktssummen 660 790,- kroner eksklusiv merverdiavgift. Klagenemnda bemerker at dette er en annen kontraktssum enn den som ble lagt til grunn i forhåndsvarselet, ettersom det der, for den ene kontraktssummen, var medregnet merverdiavgift. Klagenemnda viser til at det ved beregningen av kontraktssum, ikke skal inkluderes merverdiavgift, jf. forskriften § 2-3 (1).
- (35) Ut fra saksfremstillingen fra formannskapetets behandling 18. juni 2008, legger klagenemnda til grunn at innklagede, allerede sommeren 2008, anslår verdien av den første kontrakten, til minimum 500 000 kroner. Det fremkommer videre av

fremstillingen at det er noe usikkert hvor stort bidraget fra næringslivet vil være, men at det minst vil beløpe seg til 400 000,- kroner. Innklagede hadde på dette tidspunktet også rettet henvendelse til Statens vegvesen med forespørsel om bidrag. Av saksutredningen for formannskapet fremkommer følgende: *"Vegvesenet vil imidlertid bygge en busslomme med tilknytning til Industriveien øst for vegkrysset mellom RV 82 og nedkjøringa til industriområdet."* Klagenemnda legger til grunn at Statens vegvesen selv skulle dekke kostnadene ved denne busslommen.

- (36) Etter innklagedes forespørsel til lokale leverandører om tilbud på arbeidet som omfattes av den første kontrakten inngått 10. november 2008, mottar innklagede fem tilbud. Det er bare valgte leverandør som inngir et tilbud som samlet sett er under 500 000 kroner. Når pristilbudene for kun en del av anskaffelsen kom tett opp mot eller over kunngjøringsgrensen, burde innklagede skjönt at de gjenstående arbeidene samlet sett ville føre til at anskaffelsen ville overstige 500 000 kroner, slik at alt skulle vært kunngjort under ett.
- (37) Klagenemnda er på bakgrunn av ovenstående kommet til at innklagedes beregning av anskaffelsens verdi, som har vært avhengig av hvilke økonomiske midler innklagede hadde til rådighet, ikke var forsvarlig på *"tidspunktet oppdragsgiver etter en forsvarlig vurdering av markedet begynner å innhente tilbud."* Klagenemnda er etter dette kommet til at anskaffelsens verdi er feilberegnet, og således at det foreligger brudd på forskriften § 2-3 (2).
- (38) Klagenemnda legger i det følgende til grunn at anskaffelsen hadde en verdi over 500 000 kroner på tidspunktet hvor innklagede innhentet tilbud. Når innklagede ikke har kunngjort konkurransen i henhold til forskriften § 9-1, foreligger det en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges et overtredelsesgebyr.

- (39) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda må således ta stilling til om innklagede opptådte forsettlig eller grovt uaktsomt ved inngåelse av kontrakt uten forutgående kunngjøring av anskaffelsen.
- (40) Om skyldkravet fremgår det av Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser på side 26 at:

"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."

- (41) Klagenemnda har ovenfor lagt til grunn at innklagedes beregning av anskaffelsens verdi ikke har vært forsvarlig, og således i strid med forskriften § 2-3. Ettersom innklagede i

juni 2008 la til grunn at man hadde minst 500 000 kroner til disposisjon ved anskaffelse av deler av gang- og sykkelveien langs RV82, finner klagenemnda at en forsvarlig handlemåte fra innklagede ville være å legge til grunn at anskaffelsen oversteg grensen for kunngjøringsplikten. Det vises i den forbindelse også til at innklagede hadde fått tilsagn fra det private næringslivet om at de minimum ville bidra med 400 000 kroner, og at innklagede også hadde uttrykt ønske om at Statens vegvesen bidro. I tillegg kunne de selv bidra med 100 000 kroner. At innklagede senere inngår nye kontrakter som viderefører den opprinnelige kontrakten, forsterker oppfatningen om at innklagede ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi, herunder at det etter en totalvurdering var grovt uaktsomt av innklagede å inngå kontrakt med valgte leverandør, uten å utlyse en konkurranse for hele anskaffelsen. Skyldkravet i lovens § 7 b er således oppfylt.

- (42) Klagenemnda er etter dette av den oppfatning at det bør ilegges gebyr i denne saken, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b annet ledd.

Gebyrets størrelse

- (43) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. lovens § 7b annet ledd. Etter bestemmelsen skal det særlig legges vekt på *"overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning."* Oppstillingen av hva som kan vektlegges er ikke uttømmende.
- (44) Etter innføringen av lovens § 7b, har klagenemnda ilagt overtredelsesgebyr i en rekke saker. I sak 2007/19 ble blant annet gebyrets preventive virkning vektlagt, se premiss (50) og (51), hvor det uttales:

"(50) Det må også legges vekt på gebyrets preventive virkning. Avrop under et leverandørmonopol som har vart i fem år, er ensbetydende med ulovlig direktekjøp. Problemet med ulovlig direktekjøp ble tatt opp i en departemental utredning ("AUDA" 2003), og denne er senere omtalt i forarbeidene til lovendringen i 2006 – Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) avgitt i april 2006, der ulovlige direktekjøp er en hovedsak, jf. proposisjonen på side 5:

"I Norge foretar offentlig sektor innkjøp for godt over 200 milliarder kroner hvert år. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser bidrar til utvikling av et konkurransedyktig norsk næringsliv. Riksrevisjonen har imidlertid avdekket at en rekke kjøp av varer og tjenester skjer uten konkurranse, i strid med regelverket."

(51) Kommisjonen selv anser effektivisering av anbudsreglene som en prioritert oppgave og mener at tiltak mot ulovlige direktekjøp er et hovedanliggende for nye lovendringer. Kommisjonens utkast til skjerpelser i håndhevingsdirektivet 89/665 – COM(2006)195 – siterer fra premiss (37) i EF-domstolens dom 18.11.2004 c-26/03 (Stadt Halle") om at tildeling av kontrakter uten påbudt kunngjøring

"...could lead to the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority. It would substantially reduce the effective and rapid judicial protection aimed at by Directive 89/665, and would interfere

with the objectives pursued by Directive 92/50, namely the objectives of free movement of services and open and distorted competition in this field in all the Member States."

- (45) I forbindelse med inngåelsen av den første kontrakten, ble det avholdt et kontraktsmøte. Av referatet fremkommer at innklagede og valgte leverandør allerede på dette tidspunktet diskuterer muligheten for å foreta ytterligere arbeid på gang- og sykkelveien, uten at det fremkommer noe om at man da eventuelt på nytt burde vurdert kunngjøringsplikten. Preventive hensyn tilsier etter dette at gebyret skal settes relativt høyt.
- (46) Hensynet til konkurranse ble ivaretatt ved inngåelsen av den første kontrakten, noe som til en viss grad trekker i formildende retning. Ettersom det ikke var konkurranse om de to avtalene som ble inngått i februar, har momentet likevel begrenset vekt.
- (47) Ved fastsettelsen av gebyrets størrelse finner klagenemnda det riktig å se hen til gebyrer nemnda har ilagt i tidligere sammenlignbare saker. I sak 2009/42, hvor NHO hadde klaget inn Forsvarsbygg, uttaler klagenemnda blant annet at "*Størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen skal imidlertid også vektlegges, jf. lovens § 7b annet ledd. I denne saken er anskaffelsens verdi estimert til å ligge rett over kunngjøringsterskelen, og dette må etter nemndas oppfatning tillegges vekt i formildende retning.*" I tillegg ble det i noen grad lagt vekt på at innklagedes opprinnelige prosjektleder var syk i deler av perioden anskaffelsen ble gjennomført, og at det således kan ha vært noe vanskeligere å fange opp at anskaffelsens art og verdi endret seg. Gebyret ble ut fra disse betraktningene satt til fem prosent av kontraktssummen. I sak 2009/8, hvor Antra AS klaget inn Troms fylkeskommune i forbindelse med anskaffelse av en løypeprepareringsmaskin til 1 337 500 kroner, ble det også lagt vekt på anskaffelsens lave verdi. Gebyret ble fastsatt til 70 000 kroner, som utgjorde ca 6,5 prosent av kontraktssummen.
- (48) I foreliggende sak har kontraktene samlet sett en verdi på 660 790 kroner eksklusiv merverdiavgift. Anskaffelsens lave verdi tillegges vekt i formildende retning. Ut fra en helhetsvurdering er klagenemnda kommet til at gebyrets størrelse settes til 35 000,- kroner, som utgjør ca 5,5 prosent av kontraktssummen.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Hadsel kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 35 000 – trettifemtusen – 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 tvangsfullbyrdsloven § 1-2.

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

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

5. november 2009


Georg Fredrik Rieber-Mohn