



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede foretok en direkte anskaffelse for diverse bygningsmessige arbeider. Klagenemnda fant at anskaffelsen verken kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse, idet verdien av den ikke oversteg kunngjøringsgrensen, eller var i strid med kravet til konkurranse, idet forholdene i den aktuelle sak tilsa at det ikke var nødvendig å kontakte mer enn én leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 8. juni 2009 i sak 2009/6

Klager: Finmark Entreprenør AS

Innklaget: Vardø kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse, subsidiært påstand om brudd på kravet til konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Vardø kommune (heretter kalt innklagede) ønsket i november 2008 å flytte teknisk avdeling i kommunen fra leide lokaler til egne lokaler i Vardø rådhus. For å få plass til den nye avdelingen på rådhuset igangsatte kommunen, med egne arbeidere, diverse rivningsarbeider tilknyttet et kontorareal på ca 85 m² beliggende i 2. etasje i rådhuset.
- (2) Under rivningsarbeidet ble det oppdaget at gulvbelegget i kontorlokalene inneholdt asbest. Hovedverneombudet i kommunen ble da koblet inn, og det ble besluttet å stenge hele 2. etasje i rådhuset. Dette skjedde fredag den 14. november 2008 kl 15.
- (3) Umiddelbart etter at etasjen i rådhuset var stengt startet rådmannen i kommunen undersøkelser i markedet for å finne en entreprenør som hadde de nødvendige kvalifikasjoner for asbestsanering. Rådmannen fant to firmaer som innehadde de nødvendige kvalifikasjoner. Blant disse var Fossebygg AS, som ble tildelt oppdraget. Dette firmaet påbegynte så saneringsarbeidet lørdag 15. november 2008 og arbeidet var i all hovedsak sluttført på mandag 17. november 2008. Etter dette kunne arealene i 2. etasje, bortsett fra kontorlokalet hvor asbestsaneringen var foretatt, tas i bruk igjen. I lokalet hvor asbestsaneringen var foretatt hadde Nærings- og kulturavdelingen sine kontorer. Disse stod derfor nå uten kontorlokale.
- (4) Etter dette besluttet kommunen at Fossebygg AS, som hadde utført asbestsaneringen, også skulle utføre de resterende bygningsmessige entreprisene som var nødvendig for å få ferdigstilt det aktuelle kontorlokalet. Dette firmaet hadde på dette tidspunkt nylig utført rehabiliteringsarbeider på et helsesenter i kommunen, slik at kommunen hadde

kjennskap til firmaets enhetspriser på denne type arbeid. Fossebygg AS hadde blitt tildelt kontrakten på helsesenteret etter en kunngjort åpen anbudskonkurranse.

- (5) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 6. januar 2009.
- (6) Som vedlegg til innklagedes tilsvare til klagenemnda av 22. januar 2009 sendte kommunen inn tilbudet fra Fossebygg AS på saneringsarbeidet og de etterfølgende bygningsmessige entreprisarbeider. Denne viser at selskapets tilbudte totalpris var på kr 306 700 eks mva, hvorav prisen på saneringsarbeidet utgjorde kr 40 000 av dette.
- (7) Som vedlegg til innklagedes prosesskriv av 12. februar 2009 sendte innklagede inn fakturaen fra Fossebygg AS. Av denne fremgår det at innklagede totalt har betalt kr 239 500 for oppdraget, inkludert kr 40 000 for saneringsarbeidet. I tillegg fremgår det av prosesskrivet at det gjenstår mindre justeringsarbeider for ca kr 30 000, slik at samlet oppgjør for hele oppdraget totalt blir på ca kr 330 000.
- (8) I brev datert 29. mai 2009 bekreftet klager at selskapet var en potensiell tilbyder av de aktuelle bygningsmessige arbeider, inkludert asbestsaneringsarbeidet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Innklagedes kontraktsinngåelse med Fossebygg AS om bygningsmessig entrepris i forbindelse med oppussingsarbeider på Vardø rådhus, utgjør en ulovlig direkteanskaffelse.
- (10) Eventuelt er kontraktsinngåelsen i alle fall i strid med kravet til konkurranse i lovens § 5, hvor det heter at det skal tas kontakt med flere leverandører.

Innklagedes anførsler:

- (11) Ved direktetildelingen av kontrakten til Fossebygg AS for de bygningsmessige entrepriser etter asbestsaneringen, la innklagede vekt på at anskaffelsens verdi var under kr 500 000. Videre var den situasjonen som oppstod utilsiktet, og den oppstod som følge av uforutsette omstendigheter. Situasjonen krevde raske beslutninger, og det var derfor ikke mulig å utsette anskaffelsen i den tiden det ville tatt å gjennomføre en konkurranse. Hensynet til drift av kommunens kjernevirksomhet som lønn, økonomi, sentraladministrasjon, politisk ledelse og næring og kultur veide tungt. Det var også et begrenset antall firma i området som hadde den nødvendige kompetanse og kapasitet. Tilslutt hadde enhetsprisene som forelå fra Fossebygg AS vært gjenstand for åpen konkurranse gjennom den tidligere anbudskonkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (12) For klager på ulovlige direkte anskaffelser (klagers prinsipale anførsel), gjelder ikke kravet til saklig klageinteresse. For andre klager gjelder kravet om saklig klageinteresse, men her har klager saklig interesse som følge av at selskapet var en potensiell tilbyder av de aktuelle bygge- og anleggstjenestene, jf klagers bekreftelse på dette i brev datert 29. mai 2009. Klagen er rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (13) Av lov om offentlige anskaffelser § 7b (1) fremgår det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven. Av forskriftens § 2-1 fremgår det at kunngjøringsgrensen er på kr 500 000 eks mva, dvs at det ikke foreligger noen plikt til å kunngjøre anskaffelser som ikke overstiger denne verdien, og det kan følgelig heller ikke foreligge noen ulovlig direkte anskaffelse når verdien av anskaffelsen ikke overstiger kunngjøringsgrensen.
- (14) Av innsendt tilbud og faktura for anskaffelsen, fremgår det at verdien av denne ikke overstiger kunngjøringsgrensen. Det foreligger derfor ingen ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt kravet til konkurranse er brutt

- (15) Av lovens § 5 (2) fremgår det at en anskaffelse "så langt det er mulig" skal være basert på konkurranse. Verken lovteksten eller forskriften gir imidlertid noe nærmere veiledning i hva som konkret ligger i dette med hensyn til hvor mange leverandører som må kontaktes.
- (16) I veileder FAD side 58 er det uttalt følgende om forståelsen av kravet til konkurranse:

"Kravet til konkurranse gjelder uavhengig av anskaffelsens art og verdi. Oppdragsgiver plikter derfor også "så langt det er mulig" å sikre konkurranse om anskaffelser som følger fremgangsmåten i forskriftens del I, for eksempel for anskaffelser med en verdi under 500 000 kr. Se veilederens kapittel 14.2 om anskaffelser etter forskriftens del I.

Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at kravet til hvordan konkurransen skal gjennomføres, og hvor mange aktører som skal være med i konkurransen, øker med anskaffelsens verdi og betydning, se kapittel 14.2

Kravet til konkurranse gjelder kun "så langt det er mulig". Hovedregelen er altså at konkurranse skal avholdes. I enkelte unntakstilfeller vil oppdragsgiver kunne tildele en kontrakt til en leverandør uten konkurranse, forutsatt at det foreligger hjemmel for dette i anskaffelsesregelverket. Dette vil typisk gjelde der det kun er én leverandør i markedet, og oppdragsgiver kan anskaffe ytelsen direkte fra leverandøren, jf. forskriftens § 2-1 annet ledd bokstav a (se veilederens kapittel 7.3.2), og § 14-4 bokstav c (se veilederens kapittel 7.4.5). Dersom anskaffelsen gjelder et ubetydelig beløp, kan forholdsmessighetsprinsippet i visse tilfeller også tilsi at det er tilstrekkelig å kontakte én leverandør."

- (17) Videre uttales det i veilederen side 172 at "Det bør inviterast så mange leverandører at reell konkurranse er sikra."
- (18) Basert på dette er det i praksis lagt til grunn at oppdragsgiver som hovedregel bør kontakte minst tre leverandører, men at dette ikke kan gjelde absolutt. Det avgjørende blir derfor en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, hvor blant annet arten, verdien og betydningen av anskaffelsen, samt eventuelle mothensyn mot å kontakte mer enn bare én leverandør, vil ha betydning.
- (19) Av innklagedes forklaringer for klagenemnda i prosesskrift av 22. januar og 12. februar 2009 fremgår det at innklagede tok kontakt med to ulike leverandører vedrørende

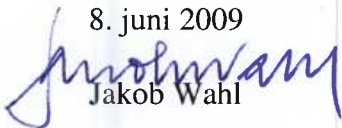
asbestsaneringsarbeidet. Videre fremgår det at innklagede i utgangspunktet hadde tenkt å utføre ombygningsarbeidet i egenregi, men at det som følge av oppdagelsen av asbest i gulvbelegget ble nødvendig å få en ekstern leverandør til å utføre saneringsarbeidet. At det ble oppdaget asbest i gulvbelegget må etter klagenemndas oppfatning kunne karakteriseres som en uforutsett omstendighet. Når saneringsarbeidet var unnagjort, stod kommunen igjen uten kontorlokaler for Nærings- og kulturavdelingen og det hastet således å få lokalene satt i stand igjen. Kommunen valgte da å tildele det resterende oppdraget til firmaet som hadde utført saneringsarbeidet uten at det ble avholdt noen ytterligere konkurranse om dette. Firmaet utførte det samlede oppdrag i løpet av 2-3 dager. Selv om klagenemnda ser at det er forhold ved arten, verdien og betydningen av anskaffelsen som i dette tilfellet kunne tilsagt at kommunen skulle ha kontaktet mer enn bare én tilbyder, ser nemnda samtidig at det må ha fremstått som svært praktisk å la den leverandøren som hadde utført saneringsarbeidet også utføre resten av oppdraget. Denne leverandøren var valgt basert på kontakt med i alle fall to ulike leverandører. Videre er det klart at det må ha hastet for kommunen å bringe kontorlokalene tilbake til brukbar stand, og kommunen visste også at de prisene Fossebygg AS tilbødte var konkurransedyktige, idet disse hadde fremkommet etter en tidligere åpen anbudskonkurranse. Klagenemnda mener derfor at de hensyn som i dette tilfellet talte mot at det var nødvendig å kontakte flere leverandører må veie tyngst. Nemnda er derfor etter en helhetsvurdering kommet til at det i dette tilfellet ikke var i strid med kravet til konkurranse i lovens § 5 å ikke kontakte mer enn én leverandør.

Konklusjon:

Vardø kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

8. juni 2009


Jakob Wahl