



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokatfirmaet Finn AS
v/advokat Pål Henrik Løftingsmo
Postboks 265
9483 HARSTAD

E-post: pal@advokatfirmaetfinn.no

Deres referanse

Vår referanse
2010/229 og 231

Dato
19. november 2010

**KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: EINAR VEMOEN – BJARKØY
KOMMUNE**

Sekretariatet besluttet ved brev av 05.11.2010 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9 som uhensiktsmessig for behandling fordi klagen klart ikke kan føre frem. Klagen er blitt delt i to saker 229 og 231, fordi klagen vedrørende ulovlig direkte anskaffelse er blitt behandlet for seg. Avvisningen gjelder begge saker, som på bakgrunn av resultatet nå igjen behandles under ett.

Beslutningen ble oversendt til Einar Vemoens advokat og mottatt av ham 08.11.2010. Klage over avvisningsbeslutninger må, i henhold til klagenemndsforordningen § 9, foreligge innen tre virkedager etter at klager ble kjent med avgjørelsen. Klagen er datert 19.07.2010, en åpenbar skrivefeil for 11.11.2010, hvilket fremgår av brevets innhold. Klagen er således rettidig.

Etter at klagen innkam, er alle saksdokumentene sendt til klagenemndas leder, som ifølge klagenemndsforordningen § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak.

I klagen fastholdes at kontrakt må anses inngått. Konkurransen ble utlyst for vintervedlikehold fra 01.11.2009, og tilbudet fra klager gjaldt det samme. Når kommunen antok klagers tilbud, må kontrakt anses inngått med virkning fra 01.11.2009. Kommunen kan

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

ikke etterpå ensidig endre oppstartsdatoen til 01.03.2010. I og med at kontrakt ble inngått med klager, forelå en ulovlig direkte anskaffelse siden kontrakten gjaldt en verdi på over kr 500 000.

Uansett er det selve bruddet på kunngjøringsplikten som konstituerer en ulovlig direkte anskaffelse. Det er ikke nødvendig at kontrakt er inngått. Dette følger direkte av anskaffelsesloven § 7b.

Videre gjentas anførselen om at innklagede har brutt forskriften § 1-3 gjennom sin samlede opptreden i anskaffelsesprosessen.

Avvisningsvedtaket bes omgjort.

Klagenemndas leder har gått gjennom samtlige dokumenter i saken og er kommet til samme resultat som sekretariatet. Nemndsleder tiltrer den begrunnelse som gis i sekretariatets avvisningsbeslutning.

Kommunen vedtok å anta klagers tilbud først den 28.01.2010, og forutsatte i vedtaket at utstyret som skulle benyttes, måtte godkjennes av kommunen. Inntil dette tidspunkt hadde klager verken utført noe arbeid med vintervedlikehold, eller holdt utstyr i beredskap for dette arbeidet. Klager kan ikke kreve vederlag for arbeid han ikke har utført, og kunne derfor heller ikke ha noe krav på at kontrakten skulle gis tilbakevirkende kraft til å gjelde fra 01.11.2009. Klager hadde heller ikke i midten av februar, da partene møttes for å underskrive kontrakten, utstyret på plass. På denne bakgrunn ble oppstartstidspunktet foreslått satt til 01.03.2010 av kommunen.

Når klager nektet å akseptere dette og insisterte på at kontrakten skulle ha virkning og han skulle ha utbetalt vederlag fra 01.11.2009, og kommunen på sin side ikke kunne godta klagers syn, er det ikke kommet i stand noen avtale eller kontrakt mellom partene.

En ulovlig direkte anskaffelse er i følge definisjonen i loven § 7b – som ganske riktig påpekt av klager – *”en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrift gitt i medhold av loven.”* Det er allikevel ikke nok at kunngjøring er unnlatt. For at bestemmelsen skal kunne anvendes, må det også foreligge en anskaffelse. En *”anskaffelse”* etter loven § 3 må i utgangspunktet forstås på samme måte som en *”kontrakt”* etter forskriften § 4-1 bokstav a. Dette ble lagt til grunn i klagenemndas sak 2004/184. Det forutsettes at det er inngått en bindende kontrakt om anskaffelsen, hvilket altså ikke er tilfellet her.

Klagenemndas leder finner det heller ikke hensiktsmessig med noen nemndsbehandling av klagers helt generelle anførsel om at innklagede ved sin opptreden i anskaffelsesprosessen har brutt anskaffelsesforskriften § 3-1.

Sekretariatets avvisningsbeslutning blir dermed å opprettholde.

Avgjørelsen sendes klager pr. e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.



Bjørge Ven

Klagenemndas leder