



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inngikk avtale med NIVA om overvåking og forprosjekt for fjerning av luktplager fra Kyllaren. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 første ledd ved ikke å undergi anskaffelsen konkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 8. august 2011 i sak 2010/253

Klager: Resipientanalyse

Innklaget: Askvoll kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Gro Amdal, og Morten Goller

Saken gjelder: Plikten til å undergi en anskaffelse under terskelverdi konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Kyllaren er en innsjøliknende fjordarm med langt, smalt, og grunt innløp, og er en del av Askvika naturreservat. Med jevne mellomrom har det vært problemer med luktplager fra Kyllaren. Høsten 2009 var luktplagene spesielt kraftig og langvarig.
- (2) Askvoll kommune (heretter kalt innklagede) avholdt møte om luktplagene med blant annet Fylkesmannen i Sogn og Fjordane 24. februar 2010. Det fremkom av møtereferat oversendt fylkesmannen i brev av 22. mars 2010 at kommunelegen første gang ble kontaktet av publikum høsten 2001, og at fylkeslegen da kontaktet Folkehelse, Statens Forurensingstilsyn og Norsk Institutt for Luftforskning for rådgivning. Videre fremkom det av referatet at innklagede sist arbeidet med saken i 2003, og at det tidligere er utarbeidet tre rapporter om problemet, samt pristilbud fra NIVA (heretter kalt valgte leverandør) i 2003.
- (3) Det fremkom også av møtereferatet at luktplagene kommer fra H₂S-gass, og at kommunelegen fortløpende har hatt kontakt med publikum som har vært utsatt for gassen. Videre heter det i referatet at:
«Det er ikke registrert spesielle helseplager utanom kvalme, hovudpine, irritasjon i slimhinner o.l. Det er heilt naudsynt at det vert sett i gang tiltak mot luktplagane.»
- (4) Videre fremkom det av møtereferatet at det ble blant annet konkludert med at:
«Kommunen ønskjer å få sett i gang tiltak i 2010.

Kommunen har ansvar for å drive fram prosjektet, både forvaltningsmessig, praktisk og økonomisk.

[...]

Når resultatet frå forprosjektet er klart, bør kommunen og fylkesmannen ha eit nytt møte.»

- (5) Grunneierne som grenset til Kyllaren ble i brev av 9. mars 2010 innkalt til orienteringsmøte 18. mars 2010.
- (6) Innklagede sendte brev med prisforespørsel på overvåking og forprosjekt til valgte leverandør 3. mai 2010. Det fremkom blant annet av brevet at valgte leverandør tidligere hadde utarbeidet rapport om Kyllaren om mulige tiltak i 1994 og 1996, og at det forelå en studentoppgave i miljøgeologi fra 1998. Det ble også vist til at det etter studentoppgaven var kommet frem ulike faglige synspunkt på konsekvensene av tiltak for å redusere luktplagene, og at det derfor ble aktuelt med ytterligere granskninger og prosjektering med sikte på tiltak. Videre ble det vist til at innklagede i 2003 fikk pristilbud fra valgte leverandør, men at pristilbudet av ulike grunner ikke ble benyttet. Det fremgikk av brevet at:

«Askvoll kommune ønskjer pristilbod frå NIVA på følgjande:

1. Overvåkings-/prøvetakingsprogram

Kommunen ønskjer at det så snart som mogeleg vert starta målingar i Kyllaren mot hydrografi og H₂S-metning. Føremålet er å få betre kunnskap om dynamikken i vassmassane, både for å få betre grunnlag for å prosjektere tiltak, og for å kunne kontrollere effektene etter at tiltak er gjennomført. Vi ønskjer eit forslag til opplegg for og gjennomføring av

- målingar/prøvetaking iht. ulike parametre (td. temperatur, salinitet, oksygen-/H₂S-sjiktning, straummålingar, innhald av næringssalter), og

- evaluering av målerresultata,

fram til tiltak vert gjennomført.

2. Prosjektering av tiltak

Kommunen ønskjer at det vert gjort tilstrekkjelege faglege utgreiingar for å kunne velje eitt eller fleire tiltak. Vald(e) løysing(ar) skal prosjekterast så detaljert at kommunen kan sette i gang anbodsprosess/prisinnhenting og utbygging av tiltaket. NIVA sitt pristilbod dat. 10.04.03 er utgangspunkt for kva kommunen ønskjer å få utgreidd og få pris på.»

- (7) Det fulgte også av brevet at:

«Kommunen ser føre seg at samarbeidet med NIVA må halde fram under og ei stund etter utbygging. Dette arbeidet må ein komme attende til seinare i prosessen, og er ikkje del av prisførespurnaden no.»

- (8) Fremdriften var også beskrevet i prisforespørselen, og det fremgikk at:

«Kommunen ønskjer å sette i gong overvåkingsprogrammet snarast mogeleg. Kommunen ønskjer òg at fysisk tiltak om mogeleg vert starta i 2010. Det vil seie at utgreiingane det vert bede om pris på må gjennomførast høvesvis raskt. Utgreiingane bør ikkje vere for omfattande, men likevel gje tilstrekkjeleg kunnskap og tryggleik for at tiltak har dei tilsikta konsekvensane.»

- (9) Innklagede mottok prosjektforslag med budsjett fra valgte leverandør datert 20. mai 2010.
- (10) Vedtak om å inngå kontrakt med valgte leverandør ble truffet 21. juni 2010. Det fremgikk av protokollen fra kommunestyret at prosjektet hadde en kostnadsramme på kroner 330 000 inkludert merverdiavgift, og at utbygging av selve tiltaket i Kyllaren ikke er del av prosjektet. Kostnader til utbygging av selve tiltaket ville komme i tillegg.
- (11) Det ble avholdt møte mellom innklagede og Fylkesmannen i Sogn og Fjordane 25. juni 2010.
- (12) Resipientanalyse (heretter kalt klager) ba i e-post av 8. juli 2010 innklagede om å innhente tilbud fra klager og andre aktuelle tilbydere, for det tilfellet at det ikke allerede var innhentet slike tilbud. Klager påpekte i e-posten at prosjektet hadde en kostnadsramme på over kroner 100 000, og at innklagede derfor skulle innhentet tilbud fra andre aktuelle tilbydere. Videre fremgikk det at klager hadde kompetanse til å utføre denne typen oppdrag, og ønsket å inngi tilbud på anskaffelsen.
- (13) Klager ba om tilbakemelding fra innklagede på om det var innhentet tilbud fra andre aktuelle tilbydere i e-post 5. august 2010. Klager viste også til at selskapet hadde kompetanse til å levere den aktuelle tjenesten, og ba på nytt om å få komme med tilbud på anskaffelsen.
- (14) I e-post av 10. august 2010 sendte klager en kort oversikt over selskapet og dets kompetanse. Oversikten inneholdt også en liste over produktene klager kunne tilby innklagede, samt en kort oversikt over andre oppdrag klager hadde utført. Det var også inntatt en henvisning til klagers hjemmeside for ytterligere referanser og informasjon.
- (15) Innklagede avviste innhenting av tilbud fra klager og andre aktuelle tilbydere i brev av 18. august 2010. Det fremgikk av brevet at innklagede ikke hadde lyst ut det aktuelle prosjektet på anbud, og at innklagede hadde benyttet unntaket i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1. Innklagede viste til at det var behov for kompetanse og erfaring med liknende prosjekt, og at det etter innklagedes vurdering bare var én aktuell tilbyder i markedet.
- (16) I brevet viste innklagede også til at klager kunne ha misforstått innholdet i prosjektet. Det ble presisert at anskaffelsen ikke omfattet ordinær resipientanalyse, og at prøvetaking i forhold til ulike parametere samt strømmålinger var gjort tidligere. Innklagede viste til to tidligere rapporter utarbeidet av valgte leverandør, samt en studentavhandling. Den aktuelle anskaffelsen gjaldt nå prosjektering av tiltak for å fjerne luktplagene i Kyllaren, herunder overvåkings- og prøvetakingsprogram for å supplere de tidligere undersøkelsene for å få best mulig grunnlag for valg av fremtidige tiltak. Innklagede opplyste at kommunen anså det som lite hensiktsmessig å dele opp dette arbeidet mellom flere firma.
- (17) Videre fremgikk det av brevet at innklagede ikke anså klager for å ha nødvendig erfaring eller spesialkompetanse for å kunne utføre oppdraget, og det ble vist til at referanselisten på klagers hjemmeside ikke inneholdt noen prosjekter med tilsvarende problematikk som i Kyllaren.
- (18) Innklagede aksepterte i brev av 23. august 2010 tilbudet fra valgte leverandør, og kontrakt ble signert 2. september 2010. Det fremgikk av kontrakten at det er avtalt honorar etter fastpris med beløp stort kroner 257.500 eksklusiv merverdiavgift.
- (19) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post av 7. september 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til konkurranse ved ikke å invitere klager til å inngi tilbud. Klager viser til at prosjektet hadde en kostnadsramme på kroner 330 000, og oppdragsgiver har plikt til å innhente tilbud fra flere aktuelle tilbydere for alle prosjekt med kostnadsramme som overstiger kroner 100 000. Det vises også til at innklagede ikke hadde hjemmel for å gjøre unntak fra plikten til å undergi en ekstern anskaffelse konkurranse.
- (21) Ifølge klager synes innklagede bevisst å ha innhentet tilbud utelukkende fra valgte leverandør. Klager viser til at selskapet gjentatte ganger kontaktet innklagede og ba om å få komme med tilbud på anskaffelsen. Videre vises det til at klager aldri har blitt kontaktet av innklagede, verken med forespørsel om å komme med tilbud eller å sende inn dokumentasjon for at selskapet er kvalifisert til å kunne påta seg oppdraget. Klager viser videre til at selskapet har bred erfaring med den type oppdrag som anskaffelsen gjelder.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede har anført at det ikke er plikt til å lyse ut anskaffelsen som følge av at det bare er én aktuell leverandør i markedet. Det vises til unntaksregelen i forskriften § 2-1, og behovet for kompetanse og erfaring med liknende vannforekomster som Kyllaren. Videre vises det til at kostnadsrammen for prosjektet er kroner 330 000, og dermed under grensen for krav om kunngjøring i Doffin.
- (23) Ifølge innklagede har klager misforstått innholdet i prosjektet. Det vises til at prøvetaking og strømmålinger er gjort tidligere, og prosjektet omfatter verken kartlegging av tilstanden i Kyllaren, ordinær resipientanalyse eller lignende. Innklagede viser i denne forbindelse til to tidligere rapporter utarbeidet av valgte leverandør i 1994 og 1996, samt en studentavhandling fra 1998. I tillegg har innklagede fått tilgang til ulike målinger som i en årrekke har blitt gjennomført av en privatperson. Det aktuelle prosjektet gjelder prosjektering av tiltak for å fjerne luktplagene fra Kyllaren. Overvåkings- og prøvetakingsprogrammet tar sikte på å supplere de tidligere undersøkelsene, slik at en får best mulig grunnlag for valget og optimalisering av tiltaket. Aktuelle tiltak fremgår av valgte leverandørs rapport fra 1996, og blant annet kan neddykket utslippsledning for ferskvann fra bekk, flåte med nedpumping av luft, og bruk av kjemikalieblandinger være aktuelle tiltak. Videre vises det til at Kyllaren er et naturreservat, og at kommunen har dialog med Fylkesmannen i Sogn og Fjordane, fylkeslegen, og miljøvernabdelingen i forbindelse med prosjektet.
- (24) Innklagede fant det lite hensiktsmessig og uheldig å dele opp dette arbeidet på flere firma. Det vises til at innklagede ikke har tilstrekkelig kompetanse på fagområdet til å kunne koordinere arbeidet mellom ulike leverandører. Innklagede ønsket å samle alt arbeid i én entreprise, og forholde seg til én kontraktspart for å oppnå best mulig faglig resultat.
- (25) Innklagede viser videre til at klager ikke dokumenterte den nødvendige spesialkompetanse eller erfaring som skulle til for å gjennomføre prosjektet frem til teknisk løsning av luktproblemene på Kyllaren. Det vises til klagers egen referanseliste etter innklagedes oppfatning ikke gav holdepunkter for at klager hadde nødvendig spesialkompetanse, samt at klager i stedet for å informere kommunen om selskapets kompetanse, valgte å sende klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager ønsket å inngi tilbud på anskaffelsen, og anses derfor for å ha saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi er estimert til å være kroner 330 000 inkludert merverdiavgift. Anskaffelsen følger dermed lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, og forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I, jf. forskriften §§ 2-1(1) – (2) og § 2-2.

Plikt til å undergi anskaffelsen konkurranse

- (27) Det følger av loven § 5 annet ledd, og forskriften § 3-1 første ledd, at enhver anskaffelse *”skal så langt det er mulig være basert på konkurranse”*. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at oppdragsgiver som hovedregel bør kontakte minst tre leverandører, men at dette ikke kan gjelde absolutt. Avgjørende er en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, hvor blant annet arten, verdien, og betydningen av anskaffelsen, samt eventuelle mothensyn mot å undergi anskaffelsen konkurranse, vil ha betydning, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/6 (premiss 18).
- (28) Innklagede har vist til at det bare var én aktuell leverandør i markedet, og at kommunen derfor ikke gjennomførte en konkurranse om anskaffelsen. Klagenemnda viser til at anskaffelser som gjennomføres i henhold til forskriften del I skal være basert på konkurranse, jf. ovenfor. Forskriften del I inneholder ingen eksplisitte unntak fra plikten til å gjennomføre konkurranse. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at oppdragsgiver unntaksvis kan tildele kontrakt uten konkurranse ved anskaffelser i henhold til forskriften del I, herunder i tilfeller hvor det kun er én leverandør i markedet eller anskaffelsen gjelder et ubetydelig beløp, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/6 (premiss 15 – 16) og punkt 5.1.3 på side 59 – 60 i Fornyings- og administrasjonsdepartementets *”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser”*. Det må foreligge objektive årsaker til at bare én leverandør kan levere ytelsen, og oppdragsgiver har bevisbyrden for at så er tilfellet. Det skal svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører ikke kan levere den aktuelle ytelsen, jf. blant annet punkt 7.3.2 på side 81 i *”Veileder til reglene om offentlige anskaffelser”*. Basert på den dokumentasjon klagenemnda har fått seg forelagt er det ikke sannsynliggjort at det bare er én leverandør som kan levere ytelsen. Klagenemnda viser også til at innklagede ikke inviterte noen andre enn valgte leverandør til å gi tilbud på ytelsen, til tross for oppfordring til dette fra klager.
- (29) Klagenemnda viser videre til at anskaffelsen gjelder to delprosjekt som har en samlet kostnadsramme på kroner 330 000 inkludert merverdiavgift, og at honoraret ble avtalt å være kroner 257 500 eksklusiv merverdiavgift, jf. innklagedes vedtak av 21. juni 2010 og kontrakt av 2. september 2010. Anskaffelsen gjelder således ikke et ubetydelig beløp. Det foreligger heller ingen andre forhold i saken som tilsier at det kunne være adgang til å unnlate konkurranseutsetting av denne anskaffelsen.
- (30) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede skulle undergitt anskaffelsen konkurranse, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1.

Konklusjon:

Askvoll kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 første ledd ved at valg av leverandør til overvåking og forprosjekt for fjerning av luktplager fra Kyllaren ikke har vært gjenstand for konkurranse.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

8. august 2011

Gro Amdal