



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede anskaffet bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med utsprenngning og planering av en tomt i Vevelstad kommune, uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda fant etter en konkret vurdering at innklagede hadde foretatt en forsvarlig vurdering av at anskaffelsens verdi var under terskelverdiene for kunngjøring, og at det dermed ikke var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 16. desember 2013 i sak 2012/76

Klager: Svein Olsen
Innklaget: Vevelstad kommune
Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn
Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Vevelstad kommune (heretter kalt innklagede) ved plan- og ressurssetaten påbegynte i 2011 et prosjekt om utsprenngning og planering av en næringstomt i Vevelstad sentrum. I følge innklagede var tiltaket avsatt med 400 000 kroner eks. mva. i kommunens investeringsbudsjett for 2012, og var inndelt i følgende tre delprosjekter:
1. Kartlegging/ masseavdekking av jord over et areal på 720 m².
 2. Sprengningsarbeid og planering av stedlige masser over et areal på 800-860 m².
 3. Tilføring av 1080 m³ grus i størrelsesorden 0-16 og 0-20 mm til toppdekke, samt planering og komprimering av dette over et areal på totalt 3600 m².
- (2) Prosjektets første del ble av innklagede vurdert til en kostnad under 50 000 kroner eks. mva. Leverandørene Remy Lind og Åsmund Ervik ble forespurt å inngi tilbud i brev av 14. november 2011, hvor det fremkommer:

"Tilbud på opparbeiding av tomt ved brannstasjonen i Vevelstad kommune.

Viser til tidligere samtale vedrørende opparbeiding av tomt ved brannstasjonen i Vevelstad kommune.

Kommunen er interessert i å få dette arbeidet gjort så raskt som mulig, og helst inneværende år.

Hvis du kan ta oppdraget ønsker kommunen ei skriftlig tilbakemelding på timepris for arbeid/ Eventuelt et tilbud på hele arbeidet samlet. [...]."

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (3) Begge de forespurte leverandørene innga tilbud på prosjektets første del. Kostnaden var oppgitt ved timepris. Kommunen valgte å inngå avtale med både Remy Lind og Åsmund Ervik. I tillegg ble leverandør Bernt Andreassen engasjert til å utføre deler av arbeidet. Arbeidet ble utført i desember 2011. Fremlagte fakturaer viser at de samlede faktiske kostnader for første delprosjekt ble 34 750 kroner eks. mva.
- (4) Fem entreprenører ble skriftlig forespurt i brev av 16. desember 2011 om å inngi tilbud på tiltakets del 2. Av brevet hitsettes:

"Tilbudsinnydelse – sprengningsarbeider gnr./bnr. 12/98 – Vevelstad sentrum.

Vi viser til innledningstekst og ønsker med dette å innhente anbud på sprengningsarbeider for tiltak pågående i Vevelstad sentrum, gnr./bnr. 12/98, næringstomt.

Arbeidets art omhandler bortsprengning av et fjellareal på ca 720 m² hvorpå anslagsvis antall kubikk er estimert til ca. 800-860 m³. [...]

Arbeidet vil foregå i samarbeid med kommunens ansatte og øvrige entreprenører og forutsettes utført snarlig. [...]

Tilbudet skal være komplett med alle tilkomstarbeider og det ønskes videre en definering av pris for kubikkmeter sprengning.

Det forutsettes at tilbyder har godkjente formelle sertifikater for utføring av oppdraget, noe som fordres vedlagt tilbud. [...]"

- (5) Fire leverandører innga tilbud på prosjektets del 2. I følge anskaffelsesprotokoll av 2. februar 2012, ble Svein Erik Andersen tildelt oppdraget på grunnlag av laveste pris, og kontrakt ble signert samme dato. Det fremkommer videre av anskaffelsesprotokollen at kontraktens anslåtte verdi var beregnet til 240 000 eks. mva. Oppdraget ble fakturert med 223 000 kroner eks. mva.
- (6) Prosjektets tredje del ble påbegynt ved at de utførende leverandører under prosjektets første del, hovedsakelig Remy Lind, ble engasjert av innklagede for å tilføre kommunens egen stein og pukkstein til tomten, samt planering av denne massen. Arbeidet ble utført mellom 28. februar og 16. mars 2012, og ble samlet fakturert med kroner 114 375 kroner.
- (7) Svein Olsen (heretter kalt klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. mars 2012.
- (8) Det ble utlevert tilbudsforespørsel på gjenstående arbeid ved prosjektets del 3 i brev av 11. april 2012. Tilbudsforespørselen ble tilsendt 27 entreprenører og gårdbrukere som hadde utstyr til massetransport og planering. Av brevet hitsettes:

"Tilbudsforespørsel – Vevelstad Sentrum

Vevelstad kommune forespør med dette om tilbud på planeringsarbeider av sentrumstomt bak brannstasjonen. Arbeidets art omhandler følgende:

Totalt areal pålyder ca. 3600 m² fordelt på to nivåer.

- Tilføring/frakt av grus 0-16/0-20, ca 1100 m³
- Nivellering/avretting av toppsjikt med grus 0-16/0-20
- Komprimering/ferdigstillelse av toppsjikt

Tilbyder forplikter seg til å faglig vurdere området før tilbud sendes kommunen. Det forutsettes at tilbyder har totalansvaret for entreprisen og gir en fremdriftsplan for de aktuelle arbeider [...]

Foreligger det ønsker om deltakelse i anbudet, ber vi om at tilbakemelding gis snarest og senest 23/05-2012. Videre forutsettes oppstart av gjeldende arbeider snarlig etter eventuelt aksept av tilbud. [...]"

- (9) Det ble levert to tilbud på dette arbeidet, ett fra klager og ett fra Bernt Andreassen. Innklagede meddelte klager i e-post av 5. juni 2012 at arbeidet ville tildeles Bernt Andreassen, som hadde levert pristilbud pålydende kroner 262 500 eks. mva. Faktura av 22. juni 2012 viser at faktisk kostnad for arbeidet ble 236 700 kroner eks. mva. Faktura viser også at Åsmund Ervik utførte mindre arbeider pålydende 2 925 kroner eks. mva. ved denne delen av prosjektet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, da det ble utført arbeid med utsprenning og planering av næringstomt i Vevelstad, uten forutgående kunngjøring. Verdien av de tre delprosjektene må summeres ved beregningen av anskaffelsens verdi.
- (11) Innklagede synes å ha delt opp prosjektet i mindre deler for at anskaffelsen ikke skulle overstige terskelverdiene, i strid med forskriften § 2-3 (4).

Innklagedes anførsler:

- (12) Det er ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Arbeidet var i kommunens investeringsbudsjett avsatt med kroner 400 000 eks. mva. ut fra en vurdering av prosjektets totalramme. Samlet oversteg derfor ikke anskaffelsen terskelverdien for kunngjøring i forskriften del II. Anskaffelsen ble ikke inndelt i mindre prosjekt for å unngå at terskelverdiene ble oversteget. Formålet med å utføre delprosjekt, var å gi tilbyderne bedre klarhet i arbeidets omfang slik at det ville bli enklere for tilbyderne å inngi nøyaktige pristilbud. Prosjektets første del var dessuten nødvendig for at kommunen kunne beregne prosjektet nærmere. Omfanget av sprengningsarbeidet ville først bli klarlagt når jorden ble avdekket. Likeledes kunne ikke behovet for grus presist anslås før sprengningsarbeidet var gjennomført og området var fylt med kommunens egen stein og pukk.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av arbeid for å planere av en næringstomt i Vevelstad kommune, og om det skal ilegges gebyr for dette. 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.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (14) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (15) Den 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (16) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (17) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom kontraktene i foreliggende sak ble inngått før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (18) Av klagenemndsforordningen § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver om at det er mottatt klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 26. mars 2012. De aktuelle kontraktene som ble adressert i klagen ble inngått mellom november 2011 og juni 2012. Klagen er således rettidig for samtlige av kontraktene.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (19) Av loven § 7b første ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse "som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter i medhold av loven", jf. forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. Kunngjøringsplikt etter forskriftens del II inntreder ved anskaffelser hvor verdien overstiger 500 000 kroner eks mva., jf. forskriften § 2-1 (2).
- (20) Innklagede har opplyst at arbeidet med planering av næringstomten ble inndelt i tre delprosjekt. Ved prosjektets første del ble det foretatt masseavdekking av jord. Prosjektets andre del angikk sprengningsarbeid og planering av stedlige masser. Prosjektets del tre gjaldt tilføring av grus og planering av tomten. For hvert delprosjekt ble det utsendt selvstendige tilbudsforespørsler og det er inngått selvstendige kontrakter. Isolert sett overstiger ingen av kontraktene kunngjøringsgrensen på 500 000 kroner eks mva.
- (21) Den første problemstillingen er hvorvidt kontraktene skal sees i sammenheng ved vurderingen av terskelverdien. Dersom kontraktene samlet utgjør "et bygge- og anleggsarbeid", følger det av forskriften § 2-3 (7) at den anslåtte verdien av delarbeid som det skal inngås særskilte kontrakter for samtidig, skal summeres ved beregningen.

- (22) I forskriften § 4-1 bokstav c, er bygge- og anleggsarbeid definert som *"resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon"*. Et naturlig utgangspunkt i denne vurderingen, er om de enkelte kontraktene er avhengig av hverandre, og om de er del av samme prosjekt, jf. EU-domstolens sak C-574/10 premiss 37 flg.
- (23) Selv om delprosjektene knyttet seg til ulike arbeider, inngikk arbeidene i et felles prosjekt om å planere tomten. Arbeidene var på denne måten avhengige av hverandre i den forstand at de tok sikte på å oppfylle et felles formål som ikke kunne oppnås ved noen av kontraktene alene. Dette taler for å se kontraktene samlet, i likhet med blant annet klagenemndas sak 2009/55 premiss (31) hvor kontraktene hadde et felles formål om å opparbeide en gang og sykkelvei. Videre er det et moment at kontraktene er tildelt av samme oppdragsgiver og at arbeidene kunne vært gjennomført som totalentreprise, noe også innklagede etterspurte som et alternativ ved tilbudsforespørselen til prosjektets første del. Klagenemnda finner derfor at kontraktene utgjør én anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider, og at delkontraktene må sees i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens verdi, jf. § 2-3 (7) og § 2-3 (1).
- (24) Det neste spørsmålet er om innklagedes anslag av kontraktens verdi var forsvarlig. Verdien skal i henhold til forskriften § 2-3 (1) beregnes på grunnlag av *"oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eksl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen"*. Beregningen må etter forskriften § 2-3 (2) være holdbar på det tidspunktet oppdragsgiver begynner å innhente tilbud.
- (25) Innklagede har oppgitt at prosjektet var budsjettert med 400 000 kroner eks. mva. i kommunens investeringsbudsjett for 2012, og at dette anslaget omfattet alle delprosjekt til ferdigstillelse av planert tomt. De faktiske utbetalingene for prosjektet regnes til kroner 612 500 kroner eks. mva. Det påløpte beløpet er således 112 500 kroner over kunngjøringsgrensen, som medfører en overskridelse på 22,5 prosent. De faktiske kostnadene var imidlertid 50 prosent høyere enn kommunens opprinnelige anslag av totalverdien. Feilanslaget er etter klagenemndas syn ikke ubetydelig. Innklagede har forklart at anskaffelsens verdi vanskelig kunne beregnes nøyaktig før det var avklart hvilket omfang sprengningsarbeidene hadde og hvilken mengde grus som måtte tilføres tomten. At prosjektets verdi ikke var direkte målbart når innklagede begynte å innhente tilbud, må ha betydning for vurderingen av om innklagedes anslag kan anses forsvarlig.
- (26) Prosjektets første del som gjaldt avdekking av jord, var estimert til 50 000 kroner. De fremlagte fakturaene viser at den faktiske kostnaden av dette delprosjektet ble 36 000 kroner. Det kan stilles spørsmål ved om dette delprosjektet kan holdes utenfor den samlede beregningen, ettersom resultatet av første delprosjekt ville danne grunnlag for hvorvidt, og eventuelt hvordan, de resterende kontraktene skulle utlyses. Når anskaffelsen var budsjettert med kroner 400 000, hadde dermed innklagede liten foranledning til å kunngjøre første delprosjekt etter forskriften del II. Da dette ikke er avgjørende for resultatet, går ikke klagenemnda nærmere inn på dette.
- (27) I lys av at prosjektet omhandler bygge- og anleggsarbeid hvor en presis verdiberegning var avhengig av at de to første delprosjektene var gjennomført, anser ikke klagenemnda de estimerte kostnader som et betydelig feilanslag ut fra de faktiske kostnader. De faktiske kostnadene til prosjektet representerer heller ikke en vesentlig overskridelse av terskelverdien, jf. også klagenemndas sak 2011/339 premiss (23). Innklagede forklarer at hovedformålet med å dele opp anskaffelsen i tre delprosjekt, var å gi leverandørene bedre

klarhet i arbeidets omfang slik at det ville bli enklere for tilbyderne å inngi nøyaktige pristilbud. Anskaffelsen framstår dermed ikke som oppdelt i den hensikt å unngå terskelverdiene i henhold til forskriften § 2-3 (4). Klagenemnda finner på dette grunnlag at det ikke var uforsvarlig å vurdere anskaffelsens verdi til under 500 000 kroner eks. mva. Innklagedes anslag legges derfor til grunn som anskaffelsens verdi, jf. forskriften § 2-3 (1).

- (28) Ettersom terskelverdien i forskriften § 2-1 (2) ikke er oversteget, foreligger det ikke brudd på forskriftens kunngjøringsregler. Innklagede har dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b).

Konklusjon:

Vevelstad kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 16. desember 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim