



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede hadde inngått 6 kontrakter om brøyting og vintervedlikehold uten å kunngjøre disse i henhold til anskaffelsesregelverket. Klagenemnda fant at dette utgjorde ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 1. mars 2016 i sak 2015/136

Klager: Knut Bue (Bøen Gård)

Innklaget: Eidfjord kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Eidfjord kommune (heretter innklagede) har uten kunngjøring i Doffin/TED inngått følgende 6 kontrakter om brøyting og vintervedlikehold på veier i kommunen:

Navn på oppdragstaker	Innklagedes opplyste månedlige verdi (MV)/fastpris (FP), eks. mva.	Kontraktens varighet og evt. oppsigelsestidspunkt	Merknad fra innklagede
Magnar Hereid	MV: Kr 7.500,- Ink beredskap	Inngått: 22.04.13. "[k]ontrakten kan gjensidig seiast opp av begge partar innen 01.07, viss ikkje går den automatisk vidare".	Kommunale vegar BU
Torbjørn Erdal	MV: Kr 560,-	Inngått: 16.11.99. "[k]ontrakten kan gjensidig seiast opp av begge partar innen 01.07, viss ikkje går den automatisk vidare".	Kommunal veg Erdal

Eidfjord Byggevarer	MV: Kr 23.772,- Ink beredskap	Inngått: 06.12.13. <i>"[k]ontrakten kan gjensidig seiast opp av begge partar innen 01.07, viss ikkje går den automatisk vidare".</i>	Smidal, Eidfjord, Kvammen og Øvre Eidfjord
Lars Liseth	MV: Kr 26.376,- ink beredskap	Inngått: 20.09.00. <i>"[k]ontrakten kan gjensidig seiast opp av begge partar innen 01.07, viss ikkje går den automatisk vidare".</i> <i>Oppsagt: i 2015, før juli.</i>	Fosslivegen, Lisethvegen.
Tom Karsten Garen	MV: Kr 4.136	Inngått: 09.11.99. <i>"[k]ontrakten kan gjensidig seiast opp av begge partar innen 01.07, viss ikkje går den automatisk vidare".</i>	Feetavegen til Rv 7.
Lars Liseth/Liseth Pensjonat og Hyttetun AS	FP: 340 000 ¹	Inngått: 23.10.15. <i>"Avtalen gjeld for tida mellom haust 2015 til våren 2016."</i> <i>"Kontrakten skal seiast opp innan 01.07."</i>	Fosslivegen, Isdalsvegen til Isdalen hausten og tom off. parkeringsplass om vinteren, Lisethvegen tom. Snuplass ved siste bustadhus.

- (2) Knut Bue (heretter klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. november 2015.
- (3) Sekretariatet avviste klagen i beslutning av 11. februar 2016.

¹ Innklagede har ikke opplyst om denne summen er med eller uten mva.

- (4) Klager påklaget avvisningsbeslutningen 16. februar 2016.
- (5) Etter samtale med klager og innhenting av ytterligere informasjon, besluttet sekretariatet å ta klagen til ny behandling.
- (6) Innklagede har opplyst at alle kontraktene i tabellen over var løpende 30. november 2015, dvs. på klagetidspunktet. Videre er det opplyst at alle kontraktene fremdeles løper, bortsett fra den første av de to ovenfor nevnte kontraktene med Lars Liseth. Denne ble oppsagt i 2015.
- (7) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. februar 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (8) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakter om brøytetjenester uten å følge kunngjøringsreglene i anskaffelsesregelverket. Klager har fremlagt 6 ulike kontrakter som klager mener dette er tilfellet for.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (9) Innklagede bestrider klagers anførsel. Kommunen har ansvar for snøbrøyting og vintervedlikehold av et omfattende areal. Områdene kommunen skal dekke har store geografiske og klimatiske forskjeller. Mens det er snøfritt i Eidfjord sentrum kan det være full snøstorm på Hardangervidda. Innklagede hevder av den grunn at de ulike brøytekontraktene skal dekke så vidt ulike og konkrete stedlige behov at det ikke er naturlig å se dem samlet i relasjon til beregningsreglene for kunngjøringsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (10) Konkurransen gjelder brøyte- og vintervedlikeholdstjenester. Brøytetjenester er omfattet av CPV-kode 90620000-9. Anskaffelsen er følgelig en prioritert tjeneste omfattet av forskriften vedlegg 5, tjenestekategori (16). Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig.

Hvorvidt det foreligger ulovlig direkte anskaffelse

- (11) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakter om brøytetjenester uten at dette skjedde etter forutgående kunngjøring i henhold til kunngjøringsreglene i anskaffelsesregelverket. Klager har fremlagt 6 ulike kontrakter som klager mener dette er tilfellet for.
- (12) Forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (2), oppstiller kunngjøringsplikt i Doffin og/eller TED-databasen(e) for alle anskaffelser som overstiger 500 000 kroner eks. mva. Det betyr eksempelvis at en annonsering på egen hjemmeside/i lokalavis ikke tilfredsstiller forskriftens kunngjøringskrav.
- (13) Når det gjelder de 6 kontraktene klager har vist til, er de 5 første tidsubestemte tjenestekontrakter. Dette følger av at det i hver av disse kontraktene fremgår at: "[k]ontrakten kan gjensidig seiast opp av begge partar innan 01.07, viss ikkje går den automatisk vidare". Dette har skjedd år etter år. Verdien av tidsubestemte

tjenestekontrakter skal beregnes etter beregningsregelen i § 2-3 (10), som sier at verdien skal være "*månedlig rate multiplisert med 48*". Basert på innklagedes egne opplysninger om månedlig verdi for de 5 første kontraktene, jf. premiss (1), er totalverdien av hver av disse følgende:

- Kr. 360 000 eks. mva.
- Kr. 26 880 eks. mva.
- Kr. 1 141 056 eks. mva.
- Kr. 1 266 048 eks. mva.
- Kr. 198 528 eks. mva.

- (14) Kontrakt nr. 6 er en tidsbestemt kontrakt, da det fremgår av denne at "*Avtalen gjeld for tida mellom haust 2015 til våren 2016.*" Verdien av denne er kr. 340 000.
- (15) Alle kontraktene var løpende på klagetidspunktet, bortsett fra den første kontrakten med Liseth. Denne ble oppsagt i 2015, før juli. Dvs. at alle kontraktene har vært løpende helt eller delvis i perioden fra 2 år før klagetidspunktet (foreldelsestidspunktet) og frem til klagen til klagenemnda. Når en kontrakt er inngått uten å følge anskaffelsesregelverkets kunngjøringsregler anses den for å bli fortløpende inngått i hele sin løpetid. Dette betyr at den vil anses som en ulovlig direkte anskaffelse om den har vært løpende innenfor foreldelsesfristen og verdien overstiger kunngjøringsgrensen. Dette såfremt ikke en av unntaksbestemmelsene for direkte anskaffelse kommer til anvendelse.
- (16) Fire av ovennevnte kontrakter har en verdi som ikke overstiger kunngjøringsgrensen. Det betyr at disse ikke kan anses inngått ved ulovlig direkte anskaffelse med mindre samtlige kontrakter må anses som én anskaffelse/de tilhører en gruppe med kontrakter hvis verdi overstiger kunngjøringsgrensen og disse anses som én anskaffelse. Hvis så er tilfelle, er det verdien av alle kontraktene (i gruppen) som skal legges til grunn i verdifastsettelsen av anskaffelsen, jf. forskriften § 2-3 (1) og (7) som sier at:

"(1) Anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, eksl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen.

(7) Når en tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid er inndelt i flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for samtidig, skal den anslåtte verdien av hvert delarbeid tas med i beregningen."

- (17) Klagenemnda har i sakene 2011/253 og 2011/256 tatt stilling til hvorvidt brøyting på ulike roder må anses som én eller flere anskaffelser. I førstnevnte sak uttalte klagenemnda følgende om dette:

"(24) Selv om det ikke er helt avklart hva som skal anses som en tjeneste i relasjon til § 2-3 (7), må bestemmelsen i utgangspunktet anses å være anvendelig for et "prosjekt til innkjøp af en vis mængde varer og/eller tjenesteydelser", jf. direktiv 2004/18 artikkel 9 nr. 3, som i forskriften gjenspeiles av § 2-3 (4). Dette må i utgangspunktet anses å dekke et tilfelle som det foreliggende. Delkontraktene, som gjelder samme type tjeneste, ble etter

det opplyste annonsert i Sunnmørsposten. Kontraktene ble inngått i perioden 24. september 2010 og 28. oktober 2010, hvilket må anses som samtidig i relasjon til forskriften § 2-3 (7), jf. klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22 premiss (144) flg.

(25) Innklagede har fremholdt at kontraktene må ses hver for seg, da grunnen til oppdelingen var praktiske, geografiske og klimatiske årsaker. Innklagede har videre fremholdt at dersom hele vintervedlikeholdet må kunngjøres i Doffin-databasen vil dette i praksis føre til at mindre leverandører utelukkes fra å utføre tjenesten.

(26) Selv om enkelte slike momenter etter omstendighetene kan ha betydning, se i denne retning klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2008/81 og 2008/85, kan de for foreliggende sak ikke rettferdiggjøre en oppdeling av kontraktene. Systemet i forskriften er at oppdragsgivere fritt kan gi leverandører adgang til å innlevere deltilbud på definerte oppdrag, og tildele kontrakt til det beste tilbudet innenfor hvert oppdrag. Beregningsreglene i § 2-3 innebærer ikke et forbud mot oppdeling av kontrakter, men en plikt til kunngjøring. Det er derfor ikke riktig som innklagede anfører at kunngjøring utelukker mindre leverandører. Og dersom det er vanskelig å skaffe interesserte leverandører, er systemet i forskriften at oppdragsgiver kan unnlate kunngjøring dersom det etter en forutgående konkurranse ikke foreligger egnede tilbud, jf. § 2-1 (2) bokstav e og forskriften 14-4 bokstav b. Oppdragsgiver må altså først kunngjøre kontraktene før kontrakt kan inngås uten forutgående kunngjøring. De geografiske forhold innklagede viser til berører også først og fremst leverandørenes interesse for å inngi tilbud. Anførselen er heller ikke nærmere dokumentert.

(27) På denne bakgrunn må samtlige kontrakter inngått i 2010 ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens verdi."

- (18) Klagenemnda legger tilsvarende betraktninger til grunn i foreliggende sak. Dette innebærer at de 6 fremlagte kontraktene må anses som én anskaffelse der de 5 første er inngått samtidig på foreldelsestidspunktet (30.11.13.) siden alle disse var løpende da. De 5 siste er inngått samtidig på klagetidspunktet (30.11.15.) siden alle disse var løpende da. Totalverdien av kontraktene overstiger klart kunngjøringsgrensen. Dette betyr at det foreligger ulovlig direkte anskaffelse med mindre en av unntaksreglene for kunngjøring kommer til anvendelse. For anskaffelser som er omfattet av forskriften del III, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 14-4. Det er opp til oppdragsgiver å godtgjøre at et unntak kan komme til anvendelse, og unntaksbestemmelser skal uansett tolkes strengt, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/220 premiss (52). Nemnda kan ikke se at det i dette tilfellet foreligger forhold som berettiger unntak fra kunngjøringsplikten. Innklagede har etter dette foretatt ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Eidfjord kommune har brutt regelverket ved å foreta ulovlig direkte anskaffelse av brøyting og vintervedlikeholdstjenester.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk