



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede anskaffet bølgedemper til Rønvika Havn og Marina uten å kunngjøre en konkurranse om anskaffelsen. Klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å unnlate å kunngjøre anskaffelsen av bølgedemperen.

Klagenemndas avgjørelse 15. november 2016 i sak 2016/126

Klager: Norske Byggeprodusenters Forening

Innklaget: Bodø Havn KF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Bodø Havn KF (heretter innklagede) har, uten at kjøpet er gjennomført på bakgrunn av en konkurranse med forutgående kunngjøring, inngått avtalte om leveranse av bølgedemper til et havneanlegg i Rønvikfjæra. Anskaffelsens verdi er angitt til kroner 2 956 250.
- (2) Forut for denne kontraktsinngåelsen avholdt innklagede våren 2013 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av flytebrygger til Rønvika Havn og Marina. Anskaffelsens verdi var angitt til 32 000 000 kroner. Tilbudsfristen var 14. juni 2013. I konkurransegrunnlaget fremgikk det i punkt 4.1 at:

"Bodø Havn KF ønsker å anskaffe flytebrygger med plass til 300 båtplasser. Anskaffelsen gjennomføres som en totalentreprise, noe som innebærer at totalentreprenøren har alt ansvar for planlegging, prosjektering, bygging, dokumentasjon m.m. I tillegg skal totalentreprenøren være ansvarlig for drift av anlegget i 6 måneder fra endelig overlevering av alle arbeider. Flytebryggene skal være forankret og utlagt med landganger. Det skal legges ut bølgedemping og i bølgedemperen skal det etableres boder som skal være ca. 5 kvadratmeter. Bryggene skal være forankret og dimensjonert for en bølgehøyde på 3,5 meter. Bryggene skal være utlagt med landfeste og landgang klargjort for bruk. (...).

4.5. Opsjon

Bodø Havn skal ha en opsjon på 4 år for utskiftning av uteliggere på andre brygger etter behov – totalt ca. 250 stk. Det skal gis en enhetspris på uteliggere fra 8 til 12 meter jfr. Prisskjema vedlegg 2. Det skal bare gis en enhetspris på uteliggerne levert til Bodø Havn. Oppdragsgiver tar selv ansvar for innfesting av disse uteliggerne som omfattes av opsjonen. (...).

- (3) I juni 2014 ble anlegget "Rønvik Havn & Marina" ferdigstilt av Marina Solutions AS (valgte leverandør).

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

- (4) Den 8. september 2015 sendte innklagede en forespørsel til valgte leverandør hvor innklagede ba om pristilbud på en 120 meter lang bølgedemper. Det fremgikk i prisforespørselen at det ønskes pris på *"bølgedemper i Rønvika Havn & Marina iht. opsjoner i hovedkontrakt"*.
- (5) Kontrakt ble signert med valgte leverandør 16. september 2015. Kontraktssummen var kroner 2 956 250.
- (6) I brev fra innklagede til klager 12. januar 2016 redegjorde innklagede for prosessen med anskaffelse av bølgedemper: *"Det ble i februar/mars startet en dialog med leverandør av RHM etter en del vinterstormer og påfølgende ødeleggelser om hvordan dette kunne løses. Etter orkanen "Ole" ble hele anlegget gjennomgått og anbefalingen fra leverandør, brukere av anlegget og interne konklusjoner var at økt beskyttelse mot vest var påkrevd. Gjennom vår/sommer 2015 ble det sett på mulige løsninger for [å] ivareta dette, sett i sammenheng med det eksisterende anlegget. Saker som veier for at det ble valgt samme leverandør: Garanti, Spesialtilpasset bølgedemper til eksisterende anlegg med beregnet vinkel og innfesting i flytemolo, Opsjonspriser på Utriggere/fortøyningsbommer, Bruke samme leverandør/utstyr for å få ferdigstilt anlegget uten tilpasninger, Fremtidig vedlikehold og FDV dokumentasjon."*

Etter interne vurderinger ble det sendt prisforespørsel september 2015 og kontrakt undertegnet samme måned. I prisforespørsel er det referert til opsjonspriser i hovedkontrakt. Det skal sies at det kun er opsjonspriser på utriggere/bommer som der er referert og ikke brygger. Bodø havn vurderte det derfor dithen at anskaffelsen bare kunne foretas hos den aktuelle leverandøren."

- (7) I brev fra klager til innklagede 29. februar 2016 fremgikk følgende:

"Foreningen mener at det ikke har vært konkurranse. Bodø Havn KF hevder at samme leverandør ble valgt blant annet ut i fra garantimessige årsaker, samt at ved bruk av samme leverandør får Bodø Havn KF ferdigstilt anlegget uten tilpasninger. Foreningen finner ikke disse argumentene som relevante, og Foreningen vil hevde at andre leverandører kunne oppfylt disse forhold. Fra Foreningens ståsted, kan det synes som Bodø Havn KF har gjort ett valg basert på "bekvemmelighets" vurderinger. Foreningen mener at så lenge andre leverandører kan levere ønskede løsninger så skulle det vært gjennomført konkurranse for likebehandling. Fremtidig vedlikehold og FDV dokumentasjon som grunn for å ikke gjennomføre konkurranse, er etter Foreningens oppfatning heller ikke relevant for gyldig grunn."

- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. august 2016.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. november 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt om kjøp av bølgedemper til Rønvika Havn, uten å kunngjøre anskaffelsen. Anskaffelse av bølgedemper kan ikke anses hjemlet i opsjonen ettersom denne utelukkende omfattet utskiftning av utliggere. Anskaffelsen har en verdi som overstiger terskelverdiene, og skulle derfor vært kunngjort.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Det erkjennes at regelverket kanskje ikke er fulgt ved inngåelse av kontrakt om anskaffelse av ny bølgedemper.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. 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. Kontrakten gjelder anskaffelse av bølgedemper. Ut fra det opplyste er dette en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er angitt til kroner 2 956 250. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (13) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved anskaffelse av en bølgedemper på 120 meter til Rønvika Havn. Etter klagers oppfatning kan ikke anskaffelsen av bølgedemperen hjemles i opsjoner i den kontrakten som innklagede etablerte med valgte leverandør i 2014.
- (14) Innklagede har vist til at bakgrunnen for at anskaffelsen ikke ble kunngjort var fordi innklagede vurderte det slik at samme leverandør kunne benyttes. I den sammenheng har innklagede vist til følgende forhold som tilsier at valgte leverandør kunne tildeles kontrakt uten kunngjøring: *"Garanti, Spesialtilpasset bølgedemper til eksisterende anlegg med beregnet vinkel og innfestning i flytemolo, Opsjonspriser på Utriggere/fortøyningsbommer, Bruke samme leverandør/utstyr for å få ferdigstilt anlegget uten tilpasninger, Fremtidig vedlikehold og FDV dokumentasjon."*
- (15) I forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav q, defineres en ulovlig direkte anskaffelse, som en anskaffelse *"hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen (...)".* Av forskriften § 2-1, jf. § 9-1, fremgår det at alle anskaffelser over 500 000 kroner ekskl. mva. er kunngjøringspliktige.
- (16) Ettersom anskaffelsens verdi overstiger kunngjøringsgrensen er det klart at kjøp av bølgedemper i utgangspunktet skulle vært kunngjort jf. § 2-1, jf. § 9-1.
- (17) Spørsmålet blir om det foreligger unntak fra kunngjøringsplikten i dette tilfellet.
- (18) Etter klagenemndas oppfatning kan det tenkes tre mulige grunnlag for at innklagede lovlig kunne inngå avtale om leveranse av bølgedempere med valgte leverandør. Et alternativ er at opsjonene i konkurransegrunnlaget gav grunnlag for leveransen. Et annet alternativ er forskriften § 2-1 (2) bokstav d. Et tredje alternativ er at kontrakten fra 2013 lovlig kunne endres slik at den omfattet leveransen.
- (19) Av innklagedes forespørsel til valgte leverandør den 8. september 2015 fremgikk det at prisforespørselen baserte seg på opsjoner i den opprinnelige kontrakten med valgte leverandør fra 2014. Som det fremgår i premiss (2) gjaldt imidlertid opsjonene utliggere. Bølgedemperen til Rønvika Havn kunne derfor ikke anskaffes med grunnlag i opsjonen fra den opprinnelige kontrakten.

- (20) Forskriften § 2-1 (2) bokstav d) gir adgang til å unnlate kunngjøring dersom *"uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er strengt nødvendige for kontraktens fullføring, forutsatt at tildelingen skjer til samme leverandør"*.
- (21) Ettersom unntaket ikke er påberopt av innklagede, har imidlertid ikke klagenemnda grunnlag for å ta stilling til om det var anvendelig. Nemnda tilføyer likevel at slik saken er opplyst for nemnda, er det tvilsomt om bølgedemperen kan betegnes som en tilleggsytelse som var *"strengt nødvendig"* for kontraktens fullføring.
- (22) Av samme grunn kan klagenemnda heller ikke ta stilling til hvorvidt innklagede med grunnlag i en endring av den opprinnelige kontrakten kunne kjøpt bølgedemperen.
- (23) Innklagedes anskaffelse av bølgedemper, uten å kunngjøre denne, utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Bodø Havn har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt uten å kunngjøre, jf. forskriften § 4-1 bokstav q, jf. forskriften § 9-1.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk