



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede har gjort en rekke kjøp av graving og massetransport ved Bingsa avfallsanlegg. Klagenemnda kom til at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe hjullaster- og gravemaskinkapasitet i forbindelse med forsinket levering av en papir-, papp- og plastpresse. Innklagede har også foretatt ulovlig direkte anskaffelser ved kjøp av avfallstjenester. Klagers øvrige anførsler førte enten ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 31. januar 2018 i sak 2017/59

Klager: Norges Miljøvernforbund

Innklaget: Ålesund kommune

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder hvorvidt Ålesund kommune (innklagede) har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av graving og massetransport fra en rekke leverandører ved Bingsa avfallsanlegg.
- (2) Bakgrunnen for at Norges Miljøvernforbund (klager) har brakt inn saken for klagenemnda, er blant annet en revisjonsrapport fra KOMREV3 IKS av 5. april 2017. Det er opplyst at rapporten gjelder kjøp av graving og massetransporttjenester fra OK Entreprenør AS.
- (3) Etter at saken ble brakt inn for klagenemnda, har innklagede gitt en oversikt over kjøp av graving og massetransport fra leverandøren OK Entreprenør AS for årene 2013 til 2017.
- (4) Innklagede har også levert en totaloversikt over kommunens leverandøromsetning for årene 2014 til 2017. Denne oversikten viser blant annet noen utbetalinger til Jan Østensen Transport.
- (5) Innklagede hadde en rammeavtale om graving og massetransport med leverandørene Blindheim Maskin og Transport AS, Ufo Entreprenør AS og Svinø Entreprenør AS, som utløp 24. mars 2017. Etter kunngjort konkurranse ble ny rammeavtale signert 2. juni 2017 med de samme leverandørene. Innklagedes har levert en statistikk over kjøp fra leverandørene Blindheim Maskin og Transport AS, Svinø Entreprenør AS og Ufo Entreprenør AS for 2016 og 2017..
- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. april 2017. Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. januar 2018.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (7) Innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av graving og massetransport fra leverandørene OK Entreprenør AS, Jan Østensen Transport, Blindheim Maskin og Transport AS, Svinø Entreprenør AS og Ufo Entreprenør AS.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (8) Arbeider utført av OK Entreprenør AS i forbindelse med en storbrann i 2014 og etterfølgende opprydning utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Det var under ingen omstendighet mulighet til å gjennomføre en anbudskonkurranse, hverken under selve slukkingen eller i opprydningsarbeidet i etterkant. Det var kritisk å få rydde og emballere brannavfallet snarest på grunn av luktproblem og ulempe for avfallsanleggets naboer. Totalt utgjør brann og ryddekostnader 4 935 623 kroner inklusiv mva.
- (9) Anskaffelse av hjullaster- og gravemaskinkapasitet fra OK Entreprenør i forbindelse med forsinket levering av en papir-, papp og plastpresse fra en annen leverandør, utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede forutså ikke behovet for ekstra hjullaster- og gravemaskinkapasitet i denne situasjonen. Kostnaden for disse arbeidene 3,35 millioner kroner inklusive mva.
- (10) For utviklingsprosjekt NAF-banen og ved utvidelse av deponiområde, var OK Entreprenør AS eneste aktuelle leverandør for legging av membran fordi selskapet i tillegg til å ha sikkerhetskurs og egnede maskiner, selv dekket store egne kostnader ved spesialkurs og opplæring fra leverandør av membran. Totalkostnaden ved bruk av OK Entreprenør AS på de to prosjektene beløper seg til 7 227 847 kroner inklusive mva.
- (11) Innklagede har opplyst at det kan dreie seg om arbeider utført av OK Entreprenør AS for ca. 10 millioner kroner inkl. mva. for årene 2013-2016 som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (12) For 2017 er det fakturert 2 775 828 kroner inkl. mva., hovedsakelig til betjening av papppresse. Ettersom avtale med OK Entreprenør AS er iverksatt før 1. januar 2017, kan ikke reglene som fremkommer av loven § 12 om overtredelsesgebyr komme til anvendelse.
- (13) Det er ikke foretatt ulovlig direkte anskaffelser av graving og massetransport med leverandørene Blindheim Maskin og Transport AS, Svinø Entreprenør AS og Ufo Entreprenør AS etter at rammeavtalen med disse leverandørene løp ut 24. mars 2017. Disse kjøpene har en verdi under den kunngjøringspliktige terskelverdien.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Saken gjelder påstander om ulovlig direkte anskaffelser. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som dette.
- (15) Klager anfører at innklagede har foretatt flere ulovlige direkte anskaffelser av graving og massetransport. Grunnlaget for anførselene tar utgangspunkt i innklagedes fremstillinger av årlige utbetalinger for årene 2013 til 2017.

- (16) Etter klagenemndforskriften § 13 a kan klage på ulovlige direkte anskaffelser fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Det innebærer at nemnda ikke tar stilling til den delen av klagen som gjelder avtaler som er inngått før 22. april 2015. Om kjøpene fra OK Entreprenør, som hoveddelen av utbetalingene gjelder, har innklagede opplyst at det ikke er inngått skriftlige avtaler. Det er derfor noe uklart på hvilket tidspunkt avtale er inngått. Basert på de oversikter som er fremlagt, legger nemnda til grunn at flere av avtalene må ha vært inngått før 22. april 2015. Dette gjelder arbeidene i forbindelse med brannen i 2014, utviklingsprosjektet NAF-banen og utvidelse av deponiområde. Nemnda tar derfor ikke stilling til spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse for disse arbeidene, da denne delen av klagen er for sent fremsatt.

Anskaffelser fra OK Entreprenør AS

- (17) En av anskaffelsene gjelder hjullaster- og gravemaskinkapasitet fra OK Entreprenør AS i 2016 på grunn av en forsinket levering av en papir-, papp- og plastpresse fra en annen leverandør. Det er opplyst at det er tale om utbetalinger til OK Entreprenør på kroner 3 379 150 i 2016, og kroner 1 412 969 i 2017. Pressen som opprinnelig var bestilt ble levert og montert i slutten av februar 2017. Slik saken er opplyst, legger klagenemnda til grunn at anskaffelsen som disse utbetalingene relaterer seg, til ble «iverksatt» før 1. januar 2017, jf. overgangsregelen i § 32-2 i forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974. Spørsmålet må på denne bakgrunn avgjøres ut fra bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402. Det blir derfor ikke aktuelt å fatte vedtak om overtredelsesgebyr.
- (18) Det fremgår av forskriften § 4-1 bokstav q at en ulovlig direkte anskaffelse er *"en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen"*.
- (19) Det følger av forskriften § 2-1 (2) bokstav c at det bare er reglene i forskriften del I som kommer til anvendelse dersom *"anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse"*. Generelt gjelder at unntaksbestemmelsene skal tolkes strengt, og det er innklagede som må godtgjøre at vilkårene for unntaket er oppfylt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i 2016/139 premiss (21) med videre henvisninger. I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) er det uttalt at om bestemmelsen at *"[d]et må foretas en konkret vurdering av om anskaffelsen objektivt sett ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse. Oppdragsgiver må kunne sannsynliggjøre at det å anvende de ordinære fristene i forskriftens del II vil få alvorlige konsekvenser. Et eksempel er at det er fare for liv eller helse, eller ødeleggelse av eiendom."* Nemnda har i tidligere praksis sluttet seg til denne uttalelsen, se klagenemndas avgjørelse i sak 2016/39 premiss (26) med videre henvisninger.
- (20) Innklagede fremholder at forsinkelsen ikke kunne forutses, og at det derfor ikke kan anses å foreligge en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede har imidlertid verken sannsynliggjort at anskaffelsen objektivt sett ikke kunne utsettes, eller at det ikke var mulig å gjennomføre en kunngjort konkurranse innenfor den tid som var tilgjengelig. Kjøpet av arbeidene utgjør derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

- (21) Det er opplyst at innklagede over en rekke år har betalt millionbeløp til OK Entreprenør AS for avfallsbehandlingstjenester. Slike regelmessige tjenestekjøp er kunngjøringspliktige dersom utbetalingene i løpet av en tolv månedersperiode overstiger terskelverdien for kunngjøringsplikt, som frem til 1. januar 2017 var på kroner 500 000 eks mva. For 2015 utgjorde vederlaget for avfallsbehandling kroner 6 263 438, og for 2016 utgjorde vederlaget kroner 3 829 385. Slik saken er opplyst, legger klagenemnda til grunn at dette i all hovedsak gjelder avfallsbehandling som er kjøpt etter 22. april 2015. Innklagede har ikke sannsynliggjort at det er grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikten. Innklagedes kjøp av avfallsbehandlingstjenester i 2015 og 2016 utgjør på denne bakgrunn ulovlige direkte anskaffelser.

Anskaffelser fra Jan Østensen Transport

- (22) Klager anfører også at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av graving og massetransport fra Jan Østensen Transport. De faktiske og rettslige omstendighetene med relevans for dette spørsmålet er i liten grad belyst i klagen. Slik saken er opplyst, har nemnda ikke grunnlag for å konstatere at anskaffelser av graving og massetransport fra Jan Østensen Transport utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Anskaffelser fra Blindheim Maskin og Transport AS, Svinø Entreprenør AS og Ufo Entreprenør AS

- (23) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av graving og massetransport med leverandørene Blindheim Maskin og Transport AS, Svinø Entreprenør AS og Ufo Entreprenør AS etter at rammeavtalen med disse leverandørene løp ut 24. mars 2017.
- (24) De faktiske og rettslige omstendighetene med relevans for dette spørsmålet er i liten grad belyst i klagen. Innklagede har opplyst at det er kjøpt grave- og massetransporttjenester fra disse leverandørene i perioden fra rammeavtalen løp ut og inntil ny rammeavtale ble inngått 2. juni 2017. Innklagede har opplyst at disse kjøpene har en verdi under terskelverdien for kunngjøringsplikt, og at oppdrag med en verdi over terskelverdien har blitt kunngjort i henhold til anskaffelsesregelverket. Slik saken er opplyst, har nemnda ikke grunnlag for å konstatere at anskaffelser av graving og massetransport fra disse leverandørene representerer ulovlige direkte anskaffelser.
- (25) Klager har kommet med en rekke andre innsigelser og anførsler i saken. Slik saken er opplyst har nemnda ikke grunnlag for å konkludere med at disse fører frem.
- (26) Klagenemnda har kommet til at det foreligger ulovlige direkte anskaffelser av hjullaster- og gravemaskinkapasitet, og av avfallstjenester. Det foreligger derfor grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndforskriften § 13.

Konklusjon:

Ålesund kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av hjullaster- og gravemaskinkapasitet i forbindelse med forsinket levering av en papir-, papp- og plastpresse.

Ålesund kommune har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved kjøp av avfallstjenester.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført frem eller ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk