



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Advokatfirma Steenstrup Stordrange DA
Postboks 1088
9261 TROMSØ
Norge
Kjersti Holum Karlstrøm

Deres ref.:

Vår ref.: 2018/0391-5

Saksbehandler: Line Rakner

Dato: 12.02.2019

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 16. oktober 2018 på ulovlig direkte anskaffelse av asfalteringsarbeid. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Sørreisa kommune (innklagede) sendte 2. juli 2018 ut en tilbudsforespørsel til tre leverandører for reasfaltering av Bohaugeveien. Anskaffelsen skulle inkludere asfaltering av veien inn mot Brekka barnehage, som på det tidspunktet var en grusvei. Innklagede fikk inn to tilbud, fra Veidekke Industri AS av 3. juli 2018, og Nord Vei & Anlegg AS (klager) av 9. juli 2018.
- (2) Innklagede har opplyst at det i etterkant av tilbudsforespørselen ble klart at det i tillegg til reasfalteringen måtte gjøres noe arbeider med veioppbyggingen på veistrekket før asfalteringen kunne gjennomføres. I august 2018 sendte innklagede derfor ut en forespørsel om tilbud for utbedring av to kommunale veier i kommunen:

«1. Brekka

- Fjerning av eksisterende asfalt samt avretting
- Legging av av asfalt type Agb i tykkelse på 5 cm
- Gjelder fra Brekka barnehage og ned til RV 84, ca. 400 m

2. Leirbogvegen

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- Legging av ny asfalt type Agb i tykkelse på 5 cm
- Gjelder ca. 75 m (underlag er ferdig avrettet og komprimert)»

- (3) Tilbudsfrist i konkurransen var 23. august 2018. Innen tilbudsfristen mottok innklagede ett tilbud, fra klager.
- (4) Innklagede vurderte etter hvert at det var behov for mer omfattende grunnarbeider enn først antatt, som gikk utover spesifikasjonen for konkurranse nummer 2. Innklagede har opplyst at dette blant annet innebar at eksisterende masser i veioppbygningen måtte skiftes ut og at det måtte etableres stikkrenner. Asfaltleverandørene ble ikke ansett som aktuelle utførende for grunnarbeidet. Innklagede gjennomførte derfor en egen konkurranse om grunnarbeidet.
- (5) Ved e-post av 27. august 2018 ble Veidekke Industri AS (valgte leverandør) tildelt kontrakt i medhold av den første konkurransen basert på tilbudsforespørselen av 2. juli 2018. Konkurranse nummer 2 ble avlyst 28. august 2018.
- (6) Innklagede gav følgende svar på klagers innsigelser mot tildelingen i e-post av 29. august 2018:

«Det du sender her er 2 forskjellige konkurranser blandet i en fil, ingen av de var kunngjort på doffin grunnet forventet verdi langt under terskelverdi, men sendt direkte til tilbyderne via mail.

 - Side 11 viser tilbudskonkurransen med KUN asfalt, som ble forespurt NCC, NVA og Veidekke. Veidekke og NVA leverte tilbud (side 13 og 14) der Veidekke leverte det beste tilbudet, som de også er innstilt på nå.
 - Side 1 viser tilbudskonkurransen med bla. Noe grunnarbeid, som ble forespurt Lemminkainen, NVA og Veidekke. Kun NVA leverte tilbud, som side 9 viser. Dette blir kommunen ikke å benytte seg av, og avlyser konkurransen.»
- (7) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev av 31. august 2018. Klager fremholdt at tilbudet fra valgte leverandør ikke avtalerettslig kunne stå ved lag og heller ikke aksepteres, da kommunen senere hadde åpnet en ny konkurranse for samme anskaffelse. Det ble videre fremholdt at klager måtte tildeles kontrakten som eneste tilbyder i konkurranse nummer 2.
- (8) Ved brev av 6. september 2018 ble klagen på tildelingsbeslutningen avslått. Innklagede viste til at konkurranse nummer 1 ikke hadde blitt avsluttet selv om det ble invitert til å inngi tilbud på en mer omfattende jobb. Det ble opplyst at det var i konkurranse nummer 1 at valgte leverandør hadde fått tildelt kontrakt.
- (9) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 14. september 2018.

Sekretariatets vurdering:

- (10) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig.
- (11) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser § 12 i Prop.51 L (2015-2016).

- (12) Oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på minst 1,3 millioner kroner, jf. forskriften § 5-1 (2) sammenholdt med § 8-17 (1).
- (13) Klager fremholder at innklagede skulle beregnet kontraktens verdi basert på den samlede verdien av all planlagt asfaltering samt tilhørende grunnarbeider på kommunale veier. Klager viser til at kommunestyret har bevilget to millioner kroner til veiarbeider i kommunen, og mener derfor at anskaffelsen skulle vært kunngjort etter forskriften del II.
- (14) Forskriften § 5-4 regulerer hvordan anskaffelsens verdi skal beregnes. Det følger av forskriften § 5-4 (8) at dersom *«oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn»*.
- (15) Bygge- og anleggsarbeid er i forskriften § 4-1 bokstav e, definert som et *«resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon»*. Dette innebærer at flere kontrakter vil utgjøre ett bygge- og anleggsarbeid dersom det enkelte delarbeidet er en del av den økonomiske eller tekniske funksjonen som sluttresultatet skal oppfylle.
- (16) EU-domstolen i sak C-16/98 (Sydev) er av betydning i denne forbindelse. Saken gjaldt anskaffelse av en rekke vedlikeholds- og utvidelsesarbeider på eksisterende elektrisitets- og veibelysningsnett. Domstolen kom til at arbeidene på elektrisitetsnettet utgjorde ett bygge- og anleggsarbeid, basert på en konkret vurdering. I vurderingen la domstolen blant annet vekt på at kontraktene var likt utformet, at de ble kunngjort samtidig og at én oppdragsgiver hadde det overordnede ansvaret for koordineringen av arbeidene.
- (17) I foreliggende sak gjaldt kontrakten med valgte leverandør et enkeltstående asfalteringsoppdrag, som omfattet reasfaltering av Bohaugeveien og asfaltering av veien inn mot Brekka barnehage. Arbeidet er en del av oppdragsgivers løpende behov for ulike asfalteringsarbeider, hvilket som utgangspunkt ikke skal ses samlet, se klagenemndas avgjørelse i sak 2014/40 premiss (40).
- (18) Det er etter dette klart at asfalteringsarbeidene som valgte leverandør har utført, ikke skal ses i sammenheng med øvrig veiarbeid i kommunen som ett bygge- og anleggsarbeid.
- (19) Asfalteringsarbeidene i tilknytning til Bohaugeveien var av innklagede beregnet å ha en verdi langt under terskelverdien. Innklagede har opplyst at valgte leverandørs tilbud hadde en pris på 328 684 kroner. Anskaffelsen overstiger ikke terskelverdien på 1,3 millioner kroner ekskl. mva., og skulle derfor ikke vært kunngjort etter forskriften del II.
- (20) Klagers anførsel fører klart ikke frem.
- (21) Klager anfører subsidiært at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse selv om anskaffelsen kun følger forskriften del I.
- (22) En ulovlig direkte anskaffelse er som nevnt *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*. Regelverket oppstiller ikke kunngjøringsplikt for anskaffelser med en verdi som medfører at anskaffelsen følger forskriften del I. Det foreligger derfor ingen ulovlig direkte anskaffelse, og klagers anførsel kan klart ikke føre frem.
- (23) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Jonn Sannes Ramsvik
Nestleder i sekretariatet

Line Rakner
Rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Advokatfirma Steenstrup Stordrange
DA

Postadresse

Postboks 1088

Poststed

9261 TROMSØ
Norge

Kontakt/e-post

Kjersti Holum Karlstrøm
Kjersti.Holum.Karlstrom
@sands.no

Kopi til:

Advokatfirma Simonsen Vogt Wiig AS Postboks 929

9259 TROMSØ
Norge

Kristoffer Johansen
kristoffer.johansen@svw
.no



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.:

Vår ref.: 2018/0391-12

Saksbehandler: Line Rakner

Dato: 25.02.2019

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Klagenemndas sekretariat besluttet 12. februar 2019 å avvise klage fra Nord Vei & Anlegg AS (heretter klager) over en konkurranse i regi av Sørreisa kommune (heretter innklagede) om reasfaltering av Bohaugeveien, derunder asfaltering av veien inn mot Brekka barnehage, som var en grusvei. Grunnlaget for avvisningen var at sekretariatet fant klagen uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9, fordi den klart ikke kunne føre frem.

Klageren har i rett tid påklaget avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen.

Klager har i korthet anført:

Som følge av verdien på anskaffelsen, skulle konkurransen ha vært utlyst på Doffin. Det har ikke skjedd, og det er således foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Den foreliggende anskaffelsen er direkte og ulovlig også fordi tilbudet fra Veidekke Industri AS (valgte leverandør) var falt bort og ikke lenger gyldig da det ble antatt av innklagede. Dette skyldes både at innklagede valgte å utlyse en ny konkurranse om det samme arbeidet, og at vedståelsesfristen for valgte leverandørs tilbud uansett var utløpt da kontrakt ble inngått.

Ved denne fremgangsmåte har innklagede brutt anskaffelsesforskriften § 8-17 og de grunnleggende prinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 4. Subsidiært anføres i klagen til klagenemndas leder at denne siste anførselen – at innklagede har brutt lovens grunnleggende prinsipper – ikke er behandlet i sekretariatets avvisningsvedtak.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndas leder, Rieber-Mohn, har gått gjennom sakens dokumenter, herunder den opprinnelige klagen, tilsvaret med senere bemerkninger fra begge sider, avvisningsvedtaket og klagen over dette.

Leder er enig med sekretariatet i at det asfaltarbeidet denne konkurransen gjaldt, Bohaugeveien, ikke var en del av den neste konkurransen som innklagde iverksatte, og som gjaldt grunnarbeider og til dels andre strekninger. Det nevnte asfaltarbeidet må derfor verdsettes isolert og var således klart under terskelverdi for kunngjøringsplikt. Når dette er tilfellet, kan denne anskaffelsen under ingen omstendighet bli ulovlig. Dette er også grunnen til at sekretariatet ikke har kommentert andre grunnlag for at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Hvorvidt innklagede ellers har brutt saksbehandlingsregler i forskrift eller lov, er ikke tema for denne klagen som kun er innlevert med anførsel om ulovlig direkte anskaffelse.

Leder er således enig med sekretariatet i at klagen klart ikke kan føre frem, og at den blir å avvise fra nemndsbehandling.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og sekretariatets avvisningsbeslutning blir å opprettholde.

Denne avgjørelse sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Georg Fredrik Rieber-Mohn
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Advokatfirma Steenstrup Stordrange
DA

Postadresse

Postboks 1088

Poststed

9261 TROMSØ
Norge

Kontakt/e-post

Kjersti Holum Karlstrøm
Kjersti.Holum.Karlstrom
@sands.no

Kopi til:

Advokatfirma Simonsen Vogt Wiig AS Postboks 929

9259 TROMSØ
Norge

Kristoffer Johansen
kristoffer.johansen@svw
.no