



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede inngikk en kontrakt om boring, sprenging og planering av et område ved Hitra Kysthavn. Klagenemnda fant at anskaffelsen var regulert av forsyningsforskriften og at anskaffelsens verdi ikke var over kunngjøringspliktig terskelverdi. Det forelå derfor ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 13. desember 2022 i sak 2022/1040

Klager: AHS Maskin AS

Innklaget: Hitra kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder anskaffelse av anleggsoppdrag for boring, sprenging og planering av et område ved Hitra Kysthavn.
- (2) Hitra kommune er eier av eiendom med gårds- og bruksnummer 123/3 i Hitra kommune. En av de tilgrensende eiendommene har gårds- og bruksnummer 123/16 og er eiet av Bachke & Co AS. På sistnevnte eiendom er det oppført et fryse- og tørrlager som er en del av Hitra Kysthavn.
- (3) Slik klagenemnda forstår saken, ønsket Bachke & Co AS å kjøpe en parsell av innklagedes eiendom (123/3) for å utvide fryse- og tørrlageret, delvis på egen tomt og delvis på parsellen som tilhørte innklagede. Parsellen ble kjøpt av Bachke & Co AS 2. juli 2021, og det var satt som vilkår at innklagede skulle besørge grovplanering av tomten til kote 2,7. I kjøpsavtalens punkt 8 *Byggeklausul* fremgikk følgende:

«Kjøper er forpliktet til å ha igangsatt bygging på eiendommen senest innen ett (1) år etter overtakelse og til å gjennomføre byggingen innen rimelig tid deretter. En ferdigstillelse av bygget skal skje innen tre (3) år etter overtakelsen.»

- (4) I kjøpsavtalen var det også tatt inn en forutsetning om at:

«Det er omforent og forutsatt at eiendommen som overdras, skal utnyttes til fryselager/tørrlager, samt virksomhet som har naturlig sammenheng med dette. Når arealet bebygges plikter kjøper å følge de til enhver tid gjeldende reguleringsplaner og bygningsregler, samt innhente lovbestemte godkjenninger, herunder fra bygningsmyndighetene.»

- (5) I anledning de ovennevnte utbyggingsplanene hadde Bachke & Co AS i juni 2021 innhentet tilbud på sprengnings- og grunnarbeid fra KN-Entreprenør AS og Hitra Anleggsservice AS. Tilbudene utgjorde 1 945 287 og 1 981 000 kroner ekskl. mva. Bachke og Co AS vurderte det sistnevnte tilbudet som det beste tilbudet.
- (6) Slik saken er opplyst, ble innklagede satt i kontakt med Hitra Anleggsservice AS etter salg av parsellen i juli 2021. Den 17. august 2021 ble det utarbeidet et revidert tilbud fra Hitra Anleggsservice AS pålydende 3 433 147,99 kroner ekskl. mva. Klagenemnda legger til grunn at det reviderte tilbudet også inkluderte masseuttak/fylling på innklagedes tomt (gbnr. 123/3). Det ble avholdt kontraktsmøte samme dag, og i referat fra kontraktsmøte fremgikk følgende under punkt 1.2 Offentlige anskaffelser:

«Hitra kommune som byggherre opplyser at man i denne utbyggingen har stor tidsnød og ikke mulighet for å gjennomføre tilbudskonkurranse. Man har fått opplyst at Bachke starter sine arbeider med utvidelse allerede i uke 35/36. Hitra kommune velger ut fra dette å benytte samme grunnentreprenør som Bachke, og vurderer det dithen at dette prismessig slår gunstig ut med tanke på blant annet rigg- og driftsutgifter ved byggeplassene, likeledes som øvrige priser. Hitra kommune signaliserer i møtet at det ut fra dette ligger en forventning i at tilbudspriser er konkurransedyktige og etterprøvbare.»

- (7) Den 28. september 2021 inngikk innklagede avtale med Hitra Anleggsservice AS (heretter valgte leverandør) om masseuttak/fylling ved Hitra Kysthavn. Kontraktssummen utgjorde 3 433 148 kroner ekskl. mva. Kontrakten fulgte NS 8407, «Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser».
- (8) Klager har kontaktet innklagede med spørsmål knyttet til utvidelsen av Hitra Kysthavn. Som svar på klagers henvendelse redegjorde innklagede for hvorfor avtalen med valgte leverandør ikke var kunngjort, herunder at anskaffelsen var unntatt kunngjøringsplikt etter forskriften § 5-2 første ledd bokstav b og c. Innklagede skrev blant annet følgende i brev datert 25. oktober 2021:

«Faktum i denne saken var at salg av parsellen ble behandlet omtrent samtidig som byggetillatelse på Bachke's utvidelse forelå. Bachke & Co hadde allerede inngått datofestede kontrakter på utbygging innenfor sin tomt deri også for grunnarbeid. Tomten ble solgt med vilkår på ordinære betingelser innenfor Industriområdet Jøsnøya, dvs. ferdig grovplanert på kote 2,7. Som vedlegget viser nødvendiggjør det byggeanmeldte tiltaket uttak av fjellmasser i kommunal regi, for i det hele tatt å kunne bygges.»

- (9) I mail til innklagede 28. oktober 2021 skrev Bachke & Co AS blant annet følgende:

«I forbindelse med utbyggingsplanene var det vesentlig for oss at dette ble utført så snart som mulig. Det samme gjaldt våre inngåelser av entrepriseavtaler, hvor utsettelse til over sommerferien ville ført til at vi fikk prisøkninger på grunn av pandemien og forsinket levering. Prisene var i juni på et meget høyt nivå, og med forsinkelser og ytterligere prisøkninger kunne det sette hele utbyggingen i fare»

- (10) Innklagede sendte ytterligere et brev til klager datert 2. februar 2022. Klager brakte saken inn for klagenemnda 4. august 2022.
- (11) Klagenemnda sendte 11. oktober 2022 en henvendelse til innklagede der det ble bedt om ytterligere informasjon og dokumentasjon, blant annet rundt tilbudene som kom inn i

konkurransen avholdt av Bachke & Co AS. Innklagede besvarte klagenemndas henvendelse i e-post 12. oktober 2022. I innklagedes besvarelse fremgikk blant annet:

«Nei, vi har ikke hatt full adgang til anbudene mellom Bachke & Co men har fått oversendt en kort statusoppdatering/ vurdering fra både fra Bachke & Co samt firmaets engasjerte totalentreprenør på innkomne anbud i deres regi. Hitra kommune så fort at det antatte tilbudet til Bachke & Co var svært attraktivt på fremdrift samt ikke minst på pris. Samme svært fordelaktige pris ble videreført i kontrakten mellom Hitra Anleggsservice As og Hitra kommune, og det samtidig med at de to anleggene på et svært begrenset område ble gjennom dette konseptet koordinert på en god måte (HMS). Hitra kommune har tidligere redegjort for at kommunen så på pristilbudet som særdeles fordelaktig sett i forhold til kommunens erfaringsgrunnlag, etter utførte store anleggsarbeider i området i kommunal regi.»

- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. oktober 2022. I etterkant av møtet ble det stilt spørsmål til innklagede for å klargjøre faktum ytterligere. Partene ble også bedt om å uttale seg spesifikt om forsyningsforskriftens anvendelse. I tilbakemelding fra innklagede 7. november 2022 kom det blant annet frem at det i tillegg til kontraktssummen på 3 433 147,99 kroner ble bestilt ekstra plastring for å sikre masser mot utgliding. Ekstraarbeidene kostet 1,9 millioner kroner.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Anskaffelsen har ikke vært kunngjort, og det har derfor ikke vært tilstrekkelig konkurranse om leveransen.
- (14) Tilbygget til Bachke & Co AS er enda ikke oppført, og innklagede kunne den dag i dag hentet inn pris på utsprenkning. Innklagede kan dermed ikke påberope seg dårlig tid.
- (15) Bilder av Hitra Kysthavn viser at nesten alt av masser er kjørt ut, utlagt i fylling og plastret. Det er grunn til å tro at valgte leverandør har gjort en ekstra jobb, og innklagede oppfordres til å fremlegge en eventuell tilleggsavtale.
- (16) Klager stiller spørsmål ved innklagedes beregning av massene, klagers beregninger kan tyde på at innklagede har betalt også for utsprenkning av Bachke & Co AS' tomt.
- (17) Dette er bygge- og anleggsarbeider som foretas av rent kommersielle grunner for å selge til andre, slik at de kan utnytte grunnen til eget formål for næring. Klager kan derfor ikke se at dette er en forsyningsaktivitet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Henvendelsen fra Bachke & Co AS viser at innklagede hadde dårlig tid, og at dette var omstendigheter innklagede ikke kunne forutse. Unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 5-2 (1) bokstav c kommer dermed til anvendelse.
- (19) Innklagede var opptatt av å fjerne fjellpartiet i vestlig retning før bygget ble reist. Sprengningsarbeid etter at bygget var reist ville vært av en helt annen økonomisk karakter. Dette må også ses i sammenheng med at Bachke & Co AS allerede hadde konkurranseutsatt arbeidet, og fått en pris som for innklagede var svært fordelaktig. Innklagede har gjennomført flere store sprengningsarbeider de siste 10 årene og har

usedvanlig god oversikt over markedet. Unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 5-2 (1) bokstav b kommer dermed til anvendelse.

- (20) Området arbeidene er foretatt i, er avsatt til utvidelse av eksisterende havneområde. Hitra Kysthavn er rigget for oppstilling av trailere for kjøling, uttransportering av laks og import av varer via sjøtransport. Kjøle-/frysekapasiteten til Bachke & Co AS er også et viktig tilbud. Dette er en havneutbygging med større planer for økt bruk innen forsyningsaktivitet, så det antas at forsyningsforskriften kan komme til anvendelse i dette tilfellet.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. klagenemndsforskriften § 13 a første ledd. Klagen er fremsatt innenfor toårsfristen, og er derfor rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (22) Saken gjelder spørsmålet om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt om anleggsoppdrag for boring, sprenging og planering av industriareal ved Hitra Kysthavn, uten å kunngjøre anskaffelsen.
- (23) Slik saken er opplyst, omfatter kontrakten mellom valgte leverandør og innklagede arbeid på den fradelte parsellen, i tillegg til arbeider på innklagedes eiendom med gårds- og bruksnummer 123/3 i Hitra kommune. Klager stiller spørsmål ved om kontrakten også omfatter arbeid på Bachke & Co AS' tomt. Klagenemnda viser til at hvorvidt innklagede også har betalt for arbeider utført på sistnevnte tomt ikke er avgjørende for å ta stilling til om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (24) I saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontrakt ble inngått 28. september 2021, og klagen er datert 4. august 2022. Klagen er dermed rettidig.
- (25) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (26) Det følger av anskaffelsesforskriften §§ 5-1 andre ledd og 8-17 at en anskaffelse med en anslått verdi som overstiger nasjonal terskelverdi på minst 1,3 millioner kroner ekskl. mva. skal kunngjøres i Doffin-basen. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen.
- (27) Det følger av anskaffelsesforskriften § 2-1 at denne forskriften ikke gjelder anskaffelser omfattet av forsyningsforskriften.
- (28) Etter forsyningsforskriften foreligger det kun kunngjøringsplikt for kontrakter som overstiger EØS-terskelverdiene, jf. forsyningsforskriften § 5-1, jf. § 5-2 (1), jf. § 17-1. På det tidspunktet anskaffelsen av anleggsoppdraget ble gjennomført, var EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter 56 millioner kroner ekskl. mva.

- (29) Klagenemnda vurderer derfor først om forsyningsforskriften kommer til anvendelse på anskaffelsen.
- (30) Det følger av forsyningsforskriften § 1-1 bokstav e) at forskriften kommer til anvendelse på kontrakter «knyttet til utøvelsen av» forsyningsaktiviteten «havner og lufthavner».
- (31) Det følger videre av forsyningsforskriften § 1-7 at forskriften gjelder «for aktiviteter som har til formål å utnytte et geografisk område for å stille til rådighet luft-, sjø- eller innlandshavner eller andre terminalanlegg for luft-, sjø- eller elvetransportører».
- (32) Når det gjelder arbeidet som er utført på innklagedes egen eiendom, har innklagede forklart at området er avsatt til utvidelse av det eksisterende havneområdet.
- (33) Det resterende arbeidet er utført på privat eiendom. I salgsavtalen mellom innklagede og Bachke & Co AS, var det forutsatt at eiendommen som ble overdratt skulle utnyttes til fryseler/lager/tørrlager, samt virksomhet som har naturlig sammenheng med dette. Aktiviteter som er omfattet av forsyningsforskriften inkluderer disposisjoner som har til formål å muliggjøre transport av passasjerer og gods til og fra havneområdet. Dette må også omfatte kontrakter knyttet til lagerbygg.
- (34) Klager fremholder at formålet med anskaffelsen kun var at Bachke & Co AS kunne utnytte grunnen til privat næringsformål. Klagenemnda legger til grunn at innklagede kan gjennomføre en anskaffelse for å stille til rådighet et område for havneformål, selv om en del av arbeidene er foranlediget av et behov for utvidelse av et fryse-/tørrlager som står på privat eiendom. Hvem som eier eiendommen hvor arbeidene blir utført, endrer ikke at oppdragsgivers formål med aktiviteten er å stille sjøhavnen til rådighet.
- (35) Etter klagenemndas oppfatning innebærer dette at kontrakten er knyttet til utnyttelsen av et geografisk område for havneformål, jf. forsyningsforskriften § 1-1 bokstav e), jf. § 1-7. Forsyningsforskriften kommer dermed til anvendelse.
- (36) Den inngåtte kontrakten hadde en kontraktssum på 3 433 147,99 kroner. I tillegg har innklagede bestilt ekstra plastring for ca. 1,9 millioner kroner, for å sikre masser mot utglidning. Det er ikke nødvendig for klagenemnda å ta endelig stilling til om plastringsarbeidene må ses i sammenheng med den opprinnelige inngåtte kontrakten. Anskaffelsens verdi overstiger verken hver for seg eller samlet (5 333 147,99 kroner) terskelverdien for bygge- og anleggsarbeider på 56 millioner kroner ekskl. mva.
- (37) Kontraktens estimerte verdi er dermed under terskelverdien for kunngjøringsplikt etter forsyningsforskriften. Anskaffelsen utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (38) Slik saken ligger an, trenger ikke klagenemnda ta stilling til om det forelå et usedvanlig fordelaktig tilbud, som ville unntatt kjøpet fra kunngjøringsplikt, jf. forsyningsforskriften § 9-3 bokstav f). Nemnda bemerker likevel at innklagede ikke gjorde noen undersøkelser av markedet i forkant av anskaffelsen, utover å se på historiske tall fra tidligere prosjekter. Innklagede kontaktet ikke andre leverandører eller sørget for å skaffe seg god kjennskap til det aktuelle markedet på annen måte. Det er derfor klart at innklagede kunne gjort mer for å sikre etterlevelse av det grunnleggende prinsippet om konkurranse i loven § 4.

Konklusjon:

Hitra kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk