



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse. De generelle kravene i § 4.

*Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av driftsentreprenørtjenester. Klagenemnda kom til at innklagede hadde hjemmel i § 13-3 bokstav e til å unnta anskaffelsen fra den alminnelige kunngjøringsplikten. Klagenemnda kom imidlertid til at innklagede hadde brutt forskriften § 13-4 bokstav a ved å gjennomføre anskaffelsen uten en forutgående konkurranse med forhandling.*

### **Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2019 i sak 2018/556**

**Klager:** Mesta AS

**Innklaget:** Statens vegvesen

**Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Sverre Nyhus

#### **Bakgrunn:**

- (1) Statens vegvesen (heretter *innklagede*) kunngjorde 5. november 2015 en konkurranse for anskaffelse av driftsentreprenørtjenester for riks- og fylkesveiene i Follo. Fem leverandører deltok i konkurransen, herunder Vaktmesterkompaniet AS, Isachsen Industri AS, Veidekke Industri AS, Oneco Veidrift AS og Mesta Drift AS (heretter *klager*). Kontrakten ble tildelt Oneco Veidrift AS 26. mars 2015.
- (2) Den 8. mai 2018 sendte innklagede et varsel om heving av kontrakten til Oneco Veidrift AS.
- (3) Den 9. juli 2018 publiserte innklagede en pressemelding på egen nettside, hvor det ble opplyst om at innklagede hevet kontrakten med Oneco Veidrift AS grunnet vesentlig mislighold av funksjonsansvaret i kontrakten, alvorlige brudd på lønns- og arbeidsvilkår og brudd på bestemmelsene om HMS. Det fremgikk også av pressemeldingen at Vaktmesterkompaniet AS (heretter *valgte leverandør*) tok over som midlertidig driftsentreprenør for riks- og fylkesveiene i Follo fra 9. juli 2018 og inntil ny kontrakt ble lyst ut. Den midlertidige avtalen var omtalt som en nødkontrahering.
- (4) I forkant at hevingen hadde innklagede avholdt et oppstartsmøte med valgte leverandør, hvor partene hadde inngått en ad hoc-avtale om drift av veinettet etter hevingen.
- (5) I e-post av 31. juli 2018 tok klager kontakt med innklagede for å be om innsyn i korrespondanse mellom innklagede og valgte leverandør, samt avtalen mellom partene. Videre stilte klager blant annet spørsmål om varigheten av den midlertidige kontrakten, og tidspunktet for kunngjøring av en ny konkurranse.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (6) Innklagede svarte i e-post av 5. september 2018. Avtalen med valgte leverandør var tidsbegrenset til 1. september 2019, og ny kontrakt ville bli utlyst så snart som mulig. Innklagede fremholdt at målsetningen var at perioden med midlertidig kontrahering ble så kort som mulig.
- (7) I perioden 9. juli til 31. oktober 2018 arbeidet valgte leverandør på timer, basert på en forventning om at kontrakt om drift og vedlikehold frem til 31. august 2019 ville bli undertegnet.
- (8) Den 7. september 2018 ble det sendt en innstilling til den interne anskaffelsesnemnda hos innklagede, hvor det ble bedt om tilslutning til inngåelse av kontrakt med valgte leverandør for drift og vedlikehold av veinettet i Follo frem til 31. august 2019. Anskaffelsesnemnda tiltrådte innstillingen 12. september 2018.
- (9) Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør ble signert 31. oktober 2018. Kontrakten utløp 31. august 2019.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. desember 2018.
- (11) Den 7. mars 2019 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drifts-entreprenørtjenester for det samme området. Valgte leverandør, som var den eneste som leverte tilbud, ble tildelt kontrakten. Kontrakten ble signert 23. mai 2019, med oppstartdato 1. september 2019.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. desember 2019.

**Anførsler:**

***Klager har i det vesentlige anført:***

- (13) Innklagede har gjennomført ulovlige direkte anskaffelser. Det var tid og anledning til å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i relasjon til timesarbeidet, og i alle tilfeller for kontrakten av 31. oktober 2018. Vilkåret etter forskriften § 13-4 bokstav a er dermed ikke oppfylt. Inngåelsen av kontrakten, og kjøpet av timearbeid fra samme leverandør, er ulovlige direkte anskaffelser.
- (14) Ved avtaleinngåelsen med valgte leverandør har innklagede i tillegg brutt kravene til konkurranse, forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4. Kravet til konkurranse innebærer at det ikke er tilstrekkelig at én tilbyder kontaktes når innklagede må få på plass en leverandør. Videre har ikke innklagede vist til objektive og forutsigbare forhold som har ligget til grunn for de valg som er gjort i prosessen.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (15) Etter forskriften § 13-4 bokstav a hadde innklagede hjemmel til å inngå avtalen med valgte leverandør. Det ville ha medført en betydelig økt risiko for skade på menneskers liv og helse hvis innklagede hadde blitt stående uten drifts-entreprenør i den perioden det tar å forberede, utlyse og tildele en kontrakt, eller den tiden det tar å forhandle med flere forskjellige tilbydere.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlige direkte anskaffelser. Kravet om saklig interesse i klagenemndsforordningen § 6 annet ledd gjelder ikke, jf. § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Saken gjelder også påstand om brudd på anskaffelsesregelverket. Klager deltok i konkurransen i 2015, og har saklig klageinteresse jf. klagenemndsforordningen § 6. Klagen er rettidig.
- (2) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som er foretatt uten forutgående kunngjøring, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt, se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Det følger av dette at en anskaffelse ikke kan anses som en ulovlig direkte anskaffelse i regelverkets forstand med mindre den også er kunngjøringspliktig. Kravet om konkurranse i anskaffelsesloven § 4 etablerer ikke i seg selv noen kunngjøringsplikt, slik at en forutsetning for at det i det hele tatt kan foreligge en ulovlig direkte anskaffelse, er at det var plikt til å kunngjøre anskaffelsen.
- (3) Klager anfører at arbeidet som ble utført på timebasis fra 9. juli 2018 til 31. oktober 2018, og kontrakten av 31. oktober 2018, er to separate anskaffelser – som begge var kunngjøringspliktige, og som dermed begge er ulovlige direkte anskaffelser.
- (4) Klagenemnda er ikke enig i dette. Slik klagenemnda ser det, er det ikke tvilsomt at det dreier seg om én kontrakt, kjennetegnet ved at formål og overordnet innhold ble avtalt 9. juli, mens detaljer og innhold ble utmeislet etter hvert, og til slutt formalisert ved kontraktinngåelsen i oktober. Det dreier seg hele tiden om utførelse av samme type arbeid, for den samme oppdragsgiveren, og på de samme veistrekningene.
- (5) Anskaffelsen har etter det opplyste en samlet verdi på omtrent 105 millioner kroner. Den skulle derfor i utgangspunktet vært kunngjort i henhold til reglene del III §§ 21-1 og 21-2, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3. Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring. Dersom dette spørsmålet besvares bekræftende, foreligger det ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (6) Det følger av forskriften § 13-4 bokstav a, at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom det er *«umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3»*.
- (7) Det følger av forskriften § 13-3 bokstav e at oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, dersom det er *«umulig»* å overholde fristene for de alminnelige prosedyrene *«på grunn av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse»*. Kontraktens omfang skal ikke være større enn det som er *«strengt nødvendig»*.
- (8) Bestemmelsen oppstiller fire vilkår som alle må være oppfylt for at anskaffelsen skal være unntatt kunngjøringsplikten. Det må foreligge et forhold som oppdragsgiver ikke selv er skyld i, som oppdragsgiver heller ikke kunne forutse, og som har forårsaket et anskaffelsesbehov. Det særlige forholdet må videre gjøre det umulig for oppdragsgiver å overholde fristene i forskriften kapittel 20.
- (9) Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2014/24 artikkel 32 (2) c). Unntaket skal tolkes restriktivt, og oppdragsgiver må vise at unntaksvilkårene er oppfylt. I lys av de negative

konsekvensene for konkurransen, kan unntaket bare anvendes under «*helt ekstraordinære omstendigheter*», jf. avsnitt 50 i fortalen til direktivet.

- (10) Det er ikke noe klart skille mellom de situasjonene der det ikke er mulig å overholde fristene for de alminnelige prosedyrene (§ 13-3 bokstav e) og de hvor det ikke er mulig å gjennomføre noen konkurranse i det hele tatt (§ 13-4 bokstav a).
- (11) Spørsmålet om oppdragsgiver – på grunn av uforutsette omstendigheter – hadde adgang til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring, er behandlet av EU-domstolen en rekke ganger, se avgjørelsene i C-199/85, C-318/94, C-394/02, C-126/03, C-385/02 og Underrettens avgjørelse i T-148/04. Bare i den siste av disse sakene aksepterte retten at vilkårene for å anvende hasteprosedyren var oppfylt. Saken gjaldt kjøp av reisebyråtjenester. Domstolen viste til viktigheten av kontinuitet, ettersom EU-institusjonene gjennomførte nesten 57 000 reiser i året. Situasjonen som oppstod skyldtes at parlamentet og andre institusjoner trakk seg ut av prosessen, samt at eksisterende leverandør nektet å levere ut over den opprinnelige kontraktsperioden. Kommisjonen var dermed uten skyld, og det hastet med å finne en løsning som kunne dekke tidsrommet. Kontrakten var også kortvarig – bare halvannen måned.
- (12) Vår sak gjelder anskaffelse av driftsentreprenørtjenester knyttet til riks- og fylkesveiene i Follo. Innklagede har et overordnet ansvar for å sørge for drift og vedlikehold av dette veinettet i Norge, og kjøp av driftsentreprenørtjenester er et middel for å oppfylle dette ansvaret. Oppgavene som driftsentreprenøren skal ivareta, omfatter blant annet vinterdrift, skilting, fjerning av løse gjenstander, fjerning av oljesøl, opprydding og beredskap. Dette er faktorer som har stor innvirkning på trafikk sikkerheten. Manglende eller mangelfull utførelse av oppgavene kan ha alvorlige konsekvenser for menneskers liv og helse.
- (13) Årsaken til hasteanskaffelsen var at den eksisterende leverandøren misligholdt kontraktsforpliktelsene, herunder blant annet funksjonsansvaret, i så stor grad at innklagede sendte varsel om heving. Leverandøren ble gitt en tidsfrist på to måneder for å rette opp i forholdene, men dette ble ikke gjort. Innklagede hevet deretter kontrakten, og inngikk en midlertidig avtale med valgte leverandør.
- (14) Slik klagenemnda ser det, ble avtaleforholdet avsluttet «*på grunn av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse*», jf. forskriften § 13-3 bokstav e.
- (15) Vedrørende spørsmålet om det var «*umulig*» å overholde fristene for de alminnelige prosedyrene, har innklagede forklart at:

*«[...] det ville ha medført en uakseptabel økt risiko for [...] skade på menneskers liv og helse, hvis vi hadde blitt stående uten driftsentreprenør i den perioden det tar å forberede, utlyse og tildele en kontrakt. Entreprenøren som vant en eventuell konkurranse vil også trenge tid til å forberede seg til kontraktstart, for eksempel ved å ansette personell og anskaffe utstyr.*

*All ferdsel på og ved trafikkerte veier medfører risiko. [...] Follo ligger i Akershus og i Akershus var det 10 trafikkdrepte i 2017. Det var kun Hordaland som hadde flere*

*trafikkdrepte (11 stk) enn Akershus i 2017. [...] I 0203 Follo kontrakten er det ÅDT<sup>1</sup> på om lag 80 000. I praksis betyr det at området er svært høyt trafikkert. Videre er den største roden i 0203 Follo kontrakten E6 sydover fra Oslo. Denne strekningen har svært høy ÅDT, en fartsgrense på opptil 110 km/t og er ulykkes utsatt. For eksempel er dette vegstrekningen i Region øst med flest utforkjøringer».*

- (16) Innklagede fremholder at man av denne grunn hadde behov for en forsvarlig driftsentreprenør hele døgnet – året rundt – og at det derfor ikke var tid til å kunngjøre en ny konkurranse.
- (17) Klagenemnda finner det sannsynliggjort at det var «umulig» for innklagede å overholde fristene for de alminnelige anskaffelsesprosedyrene. Innklagede hadde dermed hjemmel i forskriften § 13-3 bokstav e til å unnta anskaffelsen kunngjøring. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, kan dermed ikke føre frem.
- (18) Det neste spørsmålet er om innklagede likevel har brutt forskriften § 13-4 bokstav a ved ikke å gjennomføre en konkurranse med forhandling.
- (19) Etter bestemmelsen kan oppdragsgiver som nevnt unnlate å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3, dersom dette er «umulig».
- (20) Innklagede har forklart at avtalen ble inngått direkte med valgte leverandør, uten en forutgående konkurranse med forhandling, fordi denne leverandøren var den antatt best rustede til å ivareta trafikksikkerheten. Innklagede har vist til at valgte leverandør presumptivt ville ha ledig personell og utstyr til å overta kontrakten straks. Dette fordi valgte leverandør på det aktuelle tidspunktet hadde kontrakt på utførelse av arbeider i nærområdet, og fordi leverandøren nylig hadde mistet en kontrakt med Bymiljøetaten i Oslo kommune. Slik innklagede vurderte det, ville enhver forsinkelse i arbeidet med å få på plass en leverandør, medføre en uakseptabel risiko for menneskers liv og helse.
- (21) Klagenemnda kan ikke se at innklagede her har pekt på forhold som viser at det var umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling i tråd med § 13-3. Det vises til at det gikk to måneder fra varsel om heving ble sendt til kontrakt ble inngått, og at det ikke er redegjort for hvorfor man ikke kunne innhente tilbud på timespriser også fra andre potensielle leverandører i løpet av denne tidsperioden.
- (22) Klagenemnda finner at vilkårene i forskriften § 13-4 bokstav a ikke var oppfylt, og innklagede har følgelig brutt regelverket ved ikke å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3.

### **Konklusjon:**

Statens vegvesen har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Statens vegvesen har brutt forskriften § 13-4 bokstav a ved å gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse.

---

<sup>1</sup> Sum antall kjøretøy som passerer et punkt på en veistrekning i løpet av året, delt på antall dager.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*