



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Forsyningsforskriften.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av maskinentreprenørtjenester. Etter inngåelse av rammeavtalen inngikk innklagede blant annet kontrakter om prosjektene «Fjellfoten» og «Vormsund-Roterud». Klagerne anførte blant annet at kontraktene utgjorde ulovlige direkte anskaffelser fordi innklagede hadde tildelt oppdrag til leverandører utenfor rammeavtalen, og fordi avropsmekanismen i den inngåtte rammeavtalen ikke var fulgt. Klagenemnda fant at begge anskaffelsene fulgte forsyningsforskriften del I, og at anskaffelsene dermed ikke var kunngjøringspliktige. Klagerens anførsler om ulovlig direkte anskaffelse førte derfor ikke frem. Klagerens anførsler om øvrige brudd på regelverket, ble avvist fra behandling fordi de var fremsatt for sent jf. klagenemndsforordningen § 6 annet ledd.

Klagenemndas avgjørelse 14. april 2021 i sak 2020/945

Klagerne: Romerike Maskin AS, Lunder AS og Udnes Utemiljø AS

Innklaget: Nes kommune

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Sverre Nyhus og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Øvre Romerike innkjøpssamarbeid kunngjorde 10. april 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om kjøp av maskinentreprenørtjenester. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget estimert til 140 millioner kroner over fire år (2 +1+1). Tilbudsfrist ble satt til 23. mai 2017.
- (2) Anskaffelsen ble gjennomført på vegne av kommunene Gjerdrum, Hurdal, Nannestad, Ullensaker og Nes kommune (heretter *innklagede*)
- (3) Som vedlegg til konkurransegrunnlaget fulgte blant annet «*Vedlegg 1 Kontrakt m/bilag*», «*Vedlegg 2 Prisskjema*», «*Vedlegg 3 Kontaktinformasjon*».
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1 fremgikk det blant annet at «*Formålet med denne anskaffelsen er å møte Oppdragsgivers behov for maskinentreprenørtjenester innenfor vei, vann, avløp. [...]*». Det var opplyst at oppdragsgiver hadde til hensikt å inngå rammeavtaler med inntil fem leverandører per kommune, forutsatt at det var tilstrekkelig med egnede leverandører og tilbud. Det fremgikk også at «*[d]et gis ingen garanti for uttak i avtaleperioden. Rammeavtalene er ikke eksklusive.*»
- (5) Kontrakt skulle tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriene «*Pris*», som talte 70 prosent, og «*Kvalitet*», som talte 30 prosent.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

(6) I rammeavtalens punkt 1.2 fremgikk det at:

«[...] Avtalen gir Kunden, og de oppdragsgivere som er listet i pkt. 3.1, rett til å kjøpe tjenester som er dekket av denne avtalen innenfor avtalens omfang og varighet. Kunden og øvrige oppdragsgivere er ikke forpliktet til å kjøpe noen bestemt mengde.»

(7) Det ble levert tilbud fra tolv leverandører innen tilbudsfristen. I tildelingsbrev datert 8. juni 2017 fremgikk det hvilke leverandører som ble tildelt kontrakt. For den rammeavtalen innklagede skulle inngå, ble det opplyst at kontrakt ville tildeles følgende leverandører, i prioritert rekkefølge: Nordby Maskin AS, Romerike Maskin AS, Rønningen Maskin AS, Udnas Utemiljø AS og Lunder AS.

(8) Romerike Maskin AS, Lunder AS og Udnas Utemiljø AS omtales heretter som *klagerne*.

(9) Rammeavtale mellom innklagede og klagerne ble etter det opplyste inngått 1. juli 2017.

(10) Etter inngåelse av rammeavtalen tildelte innklagede oppdraget «*Fjellfoten*», som gjaldt utskifting av overvannsanlegg med tilhørende kummer, spillvann og vannledninger, til Rønningen Maskin AS.

(11) I e-post fra innklagede til Rønningen Maskin AS datert 30. januar 2019, fremgår det blant annet at:

«[...] Vi har nå fått aksept fra Ørik¹] til å bruke dere på et direkteavrop, gjennom rammeavtale, uten å gå om en anbuds konkurranse. Grunnlaget for dette er et ønske fra oss om å spare arbeid og tid med en anbudsprosess. Dere er i området og kan begynne raskt, til gode betingelser.

Avtalen er gjort til følgende vilkår, slik vi tidligere har diskutert:

- *Rammeavtalen ligger til grunn*
- *timepriser på maskiner mm*
- *Innkjøp 10% påslag, ihht rammeavtale [...]».*

(12) Kontrakten om oppdraget «*Fjellfoten*» hadde en verdi på 8 530 000 kroner og ble etter det opplyste inngått 30. januar 2019.

(13) Innklagede gjennomførte videre en konkurranse om kontrakten «*Rehabilitering vannledning Vormsund - Roterud*», som hadde en verdi på 24 millioner kroner ekskl. mva. Kontrakten gjaldt «*Etablering av ny pumpestasjon, nye vann og avløpsledninger, div kummer mm.*» Konkurransen ble gjennomført etter forsyningsforskriften del I, uavhengig av den inngåtte rammeavtalen for maskinentreprenørtjenester. Konkurransen ble ikke kunngjort. Tilbudsinvitasjon ble sendt til Park og Anlegg AS, Rønningen Maskin AS og Isachsen Anlegg AS. Oppdraget ble tildelt Rønningen Maskin AS, og kontrakten ble inngått 7. oktober 2019.

¹ Øvre Romerike innkjøpssamarbeid.

- (14) Det ble avholdt et møte mellom klagerne og innklagede 3. februar 2020 på bakgrunn av at klagerne følte seg tilsidesatt ved tildeling av oppdrag. På møtet ble det blant annet stilt spørsmål om hvorfor entreprenørene som var leverandører under rammeavtalen, ikke ble invitert til å inngi priser på jobber.
- (15) Fra møtereferatet fremgår det blant annet at leverandørene rangert som nummer én og to ikke lenger ville bli forespurt om ytterligere arbeider, grunnet manglende svar eller mangel på interesse for arbeidene.
- (16) På spørsmål fra klagerne om grunnlaget for å invitere leverandører utenfor rammeavtalen til å gjennomføre oppdrag, svarte innklagede på e-post 26. juni 2020 at:

«[...] Har fått følgende svar fra Ørik.

Vormsund –Roterud.

Her har Ørik problemer med å finne protokollen da vedkommende som arbeidet med denne er sluttet. Entreprisen ble tildelt etter forsyningsforskriften. 3 tilbydere var invitert.

Park og anlegg, Rønningen maskin, Isachsen Anlegg As

Tildelt Rønningen maskin

Fjellfoten: Denne skal være svart ut til deg tidligere av [A] i Ørik

Vi har brukt unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 5-2 c) her. Den sier følgende:

c) oppdragsgiveren på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsette inngåelsen av i den tidsperioden det vil ta å få gjennomført en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse.»

- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. desember 2020.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. april 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved å tildele oppdrag om maskinentreprenørtjenester til andre leverandører utenfor rammeavtalen, eller ved å ha gått utenom rekkefølgen etter prosedyrene i rammeavtalen. Dette gjelder anskaffelse av prosjektene «Fjellfoten» og «Vormsund-Roterud».
- (20) Prosjektet «Fjellfoten» kunne ikke gjennomføres i samsvar med reglene i forsyningsforskriften, og var dermed kunngjøringspliktig. Bytte av en overvannsledning er ikke en forsyningsaktivitet.
- (21) Innklagede har uansett brutt regelverket ved å benytte unntaksbestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 5-2 første ledd bokstav c) for prosjektet «Fjellfoten». Prosjektet var planlagt allerede fra høsten 2016, og det er ikke gitt en tilstrekkelig begrunnelse for bruk av unntaksbestemmelsen.

- (22) Innklagede har brutt kravet til konkurranse i loven § 4 ved å tildele kontrakten «Fjellfoten» direkte til Rønningen Maskin AS, uten at det er gjennomført minikonkurranse eller annen form for kunngjøring eller konkurranseutsetting.
- (23) Innklagede har også brutt kravet til konkurranse i loven § 4 ved gjennomføringen av kontrakten «Vormsund-Roterud», fordi to av de tre leverandørene som ble invitert til å inngi tilbud, enten trakk seg eller lot være å inngi priser.
- (24) Innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet i loven § 4 og dokumentasjonsplikten i anskaffelsesforskriften § 7-1 ved gjennomføringen av prosjektet «Vormsund-Roterud» fordi det ikke forelå anskaffelsesprotokoll.
- (25) Innklagede har brutt prinsippet om likebehandling i loven § 4 ved å ha fulgt en praksis som medfører at bare et fåtall av de leverandørene som er tilknyttet rammeavtalen, inviteres til å delta i minikonkurranser. Det utgjør også et brudd på kravet til forutberegnelighet at innklagede gjennomførte minikonkurranser i strid med avtalte rutiner i rammeavtalen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Det bestrides at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved anskaffelsene «Fjellfoten» og «Vormsund-Roterud». Kontrakten «Vormsund-Roterud» følger forsyningsforskriften og er dermed under kunngjøringspliktig terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter.
- (27) Kontrakten «Fjellfoten» er tildelt ved avrop i henhold til rammeavtalen. Det bestrides at anskaffelsen skulle vært gjennomført ved bruk av minikonkurranse. Avropsrutinene i rammeavtalen gjelder ikke ubetinget. Innklagede anså det nødvendig å fravike hovedregelen om minikonkurranse for avrop over 500 000 kroner, og tildelte kontrakt direkte etter rangeringen av leverandørene i rammeavtalen. Overvannsanlegget var i ferd med å kollapse, og innklagede hadde behov for bistand raskt.
- (28) For det tilfellet at kontrakten ikke skulle være lovlig tildelt under rammeavtalen, er prosjektet «Fjellfoten» uansett underlagt forsyningsforskriften, og dermed ikke kunngjøringspliktig.
- (29) Dersom klagenemnda likevel skulle komme til at «Fjellfoten» er underlagt anskaffelsesforskriften, vil unntaket fra kunngjøringsplikten i anskaffelsesforskriften § 5-2 første ledd, bokstav c) komme til anvendelse, som følge av uforutsette omstendigheter.
- (30) Forutsatt at kontrakten «Fjellfoten» var kunngjøringspliktig, anføres det at innklagede verken har opptrådt uaktsomt eller grovt uaktsomt, og at det ikke skal ilegges overtredelsesgebyr.
- (31) Klagernes øvrige anførsler om brudd på anskaffelsesregelverket er fremsatt for sent og må derfor avvises fra behandling, jf. klagenemndsforordningen § 6 annet ledd.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Konkurransen om rammeavtalene for maskinentreprenørtjenester, er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse med CPV-kode 45000000 («Bygge- og anleggsvirksomhet»). Rammeavtalenes verdi er estimert til 140 millioner kroner over fire år.

- (33) Klagen gjelder to kontrakter med tilknytning til den ovennevnte rammeavtalen. Klagenemnda vil nedenfor ta stilling til hvilket regelverk som, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven), regulerer disse to kontraktene.
- (34) Kontrakten «*Fjellfoten*» ble inngått 30. januar 2019, mens kontrakten «*Vormsund – Roterud*» ble inngått 7. oktober 2019. Klagen er datert 1. desember 2020, og ble oversendt innklagede 2. desember 2020. Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a annet ledd at klage på en ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagernes anførsler om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, er dermed fremsatt rettidig.
- (35) For øvrige brudd på regelverket følger det av klagenemndsforordningen § 6 annet ledd at klage kan fremsettes «*senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver, eller seks måneder etter at oppdragsgiver har avlyst konkurransen.*» Klagernes anførsler som gjelder påstand om øvrige brudd på anskaffelsesregelverket, er ikke fremsatt innen seks månedersfristen, og avvises dermed fra behandling.
- (36) I saker om påstand om ulovlig direkte anskaffelse er det ikke krav til saklig klageinteresse jf. klagenemndsforordningen § 13a første ledd.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (37) 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 av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (38) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 (2) og 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen.
- (39) Innklagede har anført at kontraktene «*Fjellfoten*» og «*Vormsund-Roterud*» følger forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforordningen), og at anskaffelsene derfor ikke var kunngjøringspliktige.
- (40) Kontrakten om «*Fjellfoten*» hadde en verdi på 8 530 000 kroner, mens kontrakten om «*Vormsund-Roterud*» hadde en verdi på 24 millioner kroner.
- (41) Dersom de nevnte kontraktene er bygge- og anleggskontrakter som følger forsyningsforordningen, var ikke anskaffelsene kunngjøringspliktige. Kunngjøringspliktig terskelverdi for slike kontrakter, er 51,5 millioner kroner ekskl. mva., jf. forsyningsforordningen §§ 5-1 og 5-2.

Vormsund-Roterud

- (42) Klagenemnda tar først stilling til om kontrakten «*Vormsund-Roterud*» er en kontrakt som følger forsyningsforordningen.
- (43) Det følger av forsyningsforordningen § 1-1 bokstav c), at forskriften gjelder når oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 inngår bygge- og anleggskontrakter med en anslått

verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva., knyttet til utøvelsen av blant annet følgende forsyningsaktivitet: «c) drikkevann som definert i § 1-5».

- (44) Det er ikke tvilsomt at innklagede er en oppdragsgiver som nevnt i forsyningsforskriften § 1-2.
- (45) Det følger av forsyningsforskriften § 1-5 første ledd at forskriften gjelder for aktiviteter som har til formål:
- «a) å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på å yte tjenester til offentligheten i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av drikkevann*
- b) å forsyne slike nettverk med drikkevann.»*
- (46) Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at anskaffelsen gjaldt «Rehabilitering vannledning Vormsund – Roterud».
- (47) I kontrakten («Vormsund – Roterud-/Råbukkveien»), er det opplyst at kontrakten gjelder «Etablering av ny pumpestasjon, nye vann og avløpsledninger, div kummer mm.»
- (48) Dette er aktiviteter som har til formål å «[...] drive faste nettverk beregnet på å yte tjenester til offentligheten i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av drikkevann», eller å «forsyne slike nettverk med drikkevann», jf. forsyningsforskriften § 1-5 første ledd bokstav a) og b).
- (49) Det er enighet om at kontrakten er en bygge- og anleggskontrakt, jf. § 4-1 bokstav d).
- (50) Dette innebærer at kontrakten «Vormsund-Roterud» følger forsyningsforskriften del I, og at anskaffelsen ikke var kunngjøringspliktig, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.
- (51) Klagernes anførsel om at denne kontrakten innebærer en ulovlig direkte anskaffelse, kan ikke føre frem.

Fjellfoten

- (52) Klagenemnda vurderer videre om kontrakten «Fjellfoten» er en kontrakt som følger forsyningsforskriften.
- (53) Forsyningsforskriften gjelder som nevnt når oppdragsgivere som nevnt i § 1-2 inngår kontrakter knyttet til utøvelsen av en forsyningsaktivitet, herunder «drikkevann som definert i § 1-5», jf. § 1-1 bokstav c.
- (54) Visse kontrakter har videre så tett sammenheng med forsyning av drikkevann at forsyningsforskriften også gjelder ved inngåelsen av disse. Dette gjelder blant annet kontrakter knyttet til «å lede bort eller rense avløpsvann», jf. forsyningsforskriften § 1-5 annet ledd bokstav b). Med «avløpsvann» menes så vidt nemnda forstår både kloakk, spillvann og overvann.²

² Slik også Nærings- og fiskeridepartementet har lagt til grunn i sin [veileder til virkeområdet for forsyningsforskriften](#) punkt 3.4.4.2.

- (55) Prosjektet «*Fjellfoten*» gjaldt utskiftning av overvannsanlegget, som er en del av avløpstjenesten i kommunen. I anskaffelsesprotokollen fremgår det at anskaffelsen ble gjennomført for å håndtere overvann på Fjellfoten, og at anskaffelsen var et samarbeid mellom innklagede og Årnes vannverk, som har ledninger på traseen som skulle skiftes. Oppdraget ble i anskaffelsesprotokollen beskrevet slik: «*Utskifting av OV rør med tilhørende kummer, spillvann og vannledninger for Årnes vannverk.*» Innklagede har presisert at anskaffelsen, i tillegg til utskiftning av overvannsrørene, omfattet utbedring og rehabilitering av vannledninger.
- (56) Det er på denne bakgrunn ikke tvilsomt at kontrakten «*Fjellfoten*» er knyttet til «*å lede bort eller rense avløpsvann*». Det er videre ikke tvilsomt at kontrakten er inngått av en «*oppdragsgiver som utøver en aktivitet som nevnt i første ledd*», jf. § 1-5 annet ledd bokstav b).
- (57) Det er enighet om at kontrakten er en bygge- og anleggskontrakt, jf. § 4-1 bokstav d).
- (58) Kontrakten «*Fjellfoten*» følger dermed forsyningsforskriften del I, og anskaffelsen var ikke kunngjøringspliktig, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.
- (59) Klagernes anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Nes kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk