



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede mente at de ikke var omfattet av regelverket, og anskaffet vannprosessutstyr uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda kom til at innklagede var omfattet av regelverket, og at anskaffelsen skulle vært kunngjort.

Klagenemndas avgjørelse 25. oktober 2004 i sak 2004/135

Klager: Sterner AquaTech AS

Innklaget: Austevoll Vatn og Avløp

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Anvendelsesområde for forsyningsforskriften. Brudd på kunngjøringsplikten.

Sakens bakgrunn:

- (1) Austevoll Vatn og Avløp (heretter ☐ innklagede ☐ eller ☐ AVA ☐) inngikk 14. mai 2004 en avtale om kjøp av vannprosessutstyr med Hydro Elektrik (heretter ☐ HE ☐). Avtalen ble inngått direkte, uten forutgående kunngjøring av konkurranse.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

- (2) AVA var inntil 01. januar 2003 eid av Austevoll kommune. Den 30. januar 2003 ble AVA stiftet som et samvirkelag, og selskapet overtok alle vann og avløpsanleggene fra kommunen 01. januar 2003. Det er alle abonnentene i fellesskap som eier selskapet.
- (3) Den 2. januar 2003 inngikk AVA og Austevoll kommune en avtale om ☐ overtaking av vatn- og avløpsverksemd ☐ der det blant annet fremgikk følgende:

☐ 2.2 Fremtidige anlegg og tilknyttede eignedelar, rettar og dokumentasjon

Kommunen pliktar å overdra til Vatn- og avløpslaget følgjande utan særskilt vederlag:

- a. *vatn- og avløpsanlegg som er eigd av andre enn Kommunen, og som kommunen i framtida måtte bli eigar av;*
- b. *grunn som skal nyttast til å byggja vatn- og avløpsanlegg som er eigd av andre enn Kommunen, og som Kommunen i framtida måtte bli eigar av;*
- c. *driftslausøyre, rettar og kopi av dokumentasjon som er nødvendig for eller faktisk er nytta i tilknytning til pkt a og b ovanfor, med mindre det er gjort uttrykkelig unntak i nærare avtale.*

Dersom Kommunen overdreg til Vatn- og avløpslaget eiedomsrett eller annan rett til grunn som er eigd av Kommunen, og som ikkje er nemnd ovanfor, skal dette skje utan særskilt vederlag.

(☐)

5.3 Vatn- og avløpslaget skal som eigar og drivar stå for vidare utvikling og utbygging av vatn- og avløpsanlegg.

Kommunen og Vatn- og avløpslaget er innforstått med at vidare utvikling og utbygging av vatn- og avløpsanlegg og yting av vatn- og avløpstjenester kan gjere det nødvendig at Kommunen må bruke sine offentligrettslege verkemiddel, så som oreigning etter oreigningslova, pålegg om tilknytning til vatn- og avløpsanlegg etter plan- og bygningslova, delingslova og forureiningslova, og overtaking av avløpsleidningar i medhald av lov. ☐

- (4) Innklagede har rørledningar som går under eller krysser offentlig vei.

- (5) Sommeren 2003 var representanter for innklagede på studietur til Tyskland og så på vannverk fra HE. Styret i AVA vedtok 12. februar 2004 at innklagede skulle inngå forhandlinger med HE. Den 18. mars kontaktet klager innklagede og ba om å få lov til å gi et tilbud på det vannprosessutstyret som skulle anskaffes. Klager fikk ikke levere tilbud. HE leverte tilbud den 30. mars. Den 14. mai 2004 inngikk innklagede avtale med HE.
- (6) Anskaffelsens verdi ble estimert til ca. kr. 9,3 millioner ekskludert mva.

Klager har i det vesentlige anført:

- (7) Klager anfører at innklagede har foretatt en anskaffelse uten at det har vært avholdt en offentlig anbudskonkurranse om oppdraget, og at dette er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (8) Innklagede bestrider at samvirkelaget er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser.
- (9) Innklagede er verken et offentlig organ eller innehaver av en særrett/enerett.
- (10) Kommunen har ikke bestemmelsesrett over AVA, verken når det gjelder den daglige driften, kontraktsinngåelser, valg av ulike leverandører eller andre vedtak som foretas av samvirkelaget.
- (11) Det er ikke økonomiske bånd mellom AVA og Austevoll kommune, verken med hensyn til støtte eller forpliktelser.
- (12) Det finnes ingen reelle konkurrenter til HE for levering av prosessutstyret. Klager har ikke driftserfaring med sitt drikkevannsanlegg.
- (13) Da AVA vurderte valg av prosessutstyr var det i hovedsak tre punkter som dannet grunnlaget for valg av leverandør. Først sto valget mellom ozon/biofiltrering og membranfiltrering som prinsipp for behandlingen. Da innklagede så at ozon/biofiltrering var mest aktuelt, vurderte innklagede aktuelle leverandører ut fra tre forhold:
- a) Erfaring fra tidligere anlegg. Innklagede hadde kjennskap til at klager var i ferd med å levere et anlegg. Den valgte leverandør hadde derimot svært bred erfaring med produksjon og leveranse av tilsvarende anlegg, og ikke i Norge. Innklagede vektla det svært tungt at de skulle få et anlegg som ☐garantert☐ ville fungere, og som er utprøvd i funksjon. Innklagedes bemanningssituasjon tilsier at anlegget må gå uten særlig tilsyn og oppfølging i driftsfasen.
- b) Tidsaspektet. Etter AVA overtok vannverket fra kommunen, har det vært et sterkt fokus på en rask og effektiv utbygging. Innklagede ønsket derfor ikke å bruke lang tid til planlegging og prosjektering av alternative anlegg, men

bestemte seg rimelig raskt for leverandør. Da dette var gjort ble bygget prosjektert innen kort tid. Dersom innklagede underveis eller i etterkant skulle skifte leverandør av prosessutstyret, måtte mesteparten, om ikke alt arbeid med prosjektering av bygget gjøres om igjen. Dette ville ført til betydelige utsettelse av prosjektet, og ekstra kostnader med ny prosjektering.

c) Sund Vatn og Avlaup hadde inngått en avtale med den samme leverandøren. Dette var et tungtveiende argument for at også innklagede skulle satse på denne leverandøren. Innklagede har hentet ut synergieffekter ved at de to naboselskapene går for samme prosjekt. Dette vil også gi effekt i driftsfase med service, og eventuell utskifting av komponenter i prosessutstyret. Det samme gjelder utveksling av driftserfaring.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har ønsket å delta i en anbudskonkurranse for leveranse til innklagede, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (15) Det første spørsmålet er om oppdragsgiver innklagede omfattes av forskrift om innkjøpsregler innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningssektorene) av 5. desember 2003 nr. 1424 (heretter ☐forsyningsforskriften☐).
- (16) Virksomheten er et selvstendig rettssubjekt, og faller ikke inn under statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter, jf. forsyningsforskriftens § 1 bokstav a). Spørsmålet er om innklagede er et offentligrettslig organ eller offentlig foretak, jf. forsyningsforskriftens § 3 (1) bokstav a) jf. § 1 bokstav a) eller om virksomheten drives på grunnlag av en enerett eller særrett, jf. forsyningsforskriftens § 3 (1) bokstav b).
- (17) Forsyningsforskriftens § 3 (1) bokstav b) lyder:

☐ Denne forskrift kommer bare til anvendelse for oppdragsgivere som:

(☐)

b) ikke er offentlige myndigheter eller offentlige foretak, og utøver én eller flere av de typer virksomhet som er nevnt i § 4 nedenfor, og driver denne virksomheten på grunnlag av en enerett eller særrett gitt av vedkommende myndighet i en EØS-stat. Med særretter og eneretter menes rettigheter som

følger av tillatelser gitt av kompetent myndighet ved lov eller forskrift, når dette medfører at det forbeholdes én eller flere oppdragsgivere å utøve en virksomhet definert i § 4. En særrett eller enerett skal anses å foreligge dersom oppdragsgiver:

- 1. ved oppbygging av nettverkene eller installasjonene nevnt i § 4 kan benytte seg av ekspropriasjon, lovbestemt bruksrett, plassere nettverksutstyr på, under eller over offentlig vei, eller*
- 2. forsyner et nettverk med drikkevann, elektrisitet, gass eller varme dersom nettverket selv er drevet av et foretak som har særretter eller eneretter gitt av vedkommende myndighet i den berørte medlemsstaten.□*

- (18) AVA driver faste nettverk beregnet på ytelse av offentlige tjenester i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av drikkevann, og driver derfor virksomhet som nevnt i forsyningsforskriftens § 4 bokstav b) nr 1.
- (19) Det kan spørres om innklagede kan plassere nettverksutstyr, dvs vannledninger, under offentlig vei ved oppbygging av nettverkene. Det er på det rene at innklagede *har* vannledninger under offentlig vei. Adgangen til å legge nye ledninger under offentlig vei når nye abonnenter skal knyttes til nettverket, er imidlertid ikke direkte regulert.
- (20) Etter avtalens punkt 2.2 plikter kommunen uten særskilt vederlag å overdra til AVA vann og avløpsanlegg som de i fremtiden måtte bli eier av, og etter avtalens punkt 5.3 er kommunen □ inneforstått med□ at det kan bli □nødvendig□ at kommunen må bruke sine offentligrettslige virkemidler i forbindelse med videre utvikling og utbygging av anlegget. Et slikt virkemiddel finnes blant annet i vegloven § 9 jf. § 57 der det følger at kommunen kan gi løyve til å gjøre inngrep i kommunale veier.
- (21) Regelverket bør tolkes slik at formålet med regleverket sikres effektivt. I EF-dommen C-399/98 (Scala) ble det lagt vekt på at i vurderingen av om en kontrakt er omfattet av regelverket, må det vurderes hvilken offentlig tilknytning arbeidene har fra starten av, herunder om det er tale om arbeid med egenskaper som kan oppfylle generelle infra- og servicestrukturkrav. Det må også legges vekt på om retten til å utføre slikt arbeid er tillagt forvaltningen for å sikre kollektiv nytte for samtlige brukere av området. I sak C-44/96 (Mannesmann) la EF-domstolen videre til grunn at en kontrakt som oppfyller vilkårene for direktivenes anvendelse ikke kan miste sin karakter av offentlig kontrakt selv om oppdragsgiver overdrar rettigheter og forpliktelser til en virksomhet som ikke omfattes av direktivene.

- (22) Avtalen må etter dette tolkes slik at kommunen forplikter seg til å bruke sine offentligrettslige virkemidler for å sørge for at AVA kan få lagt vannledninger under offentlig vei, alternativt selv anskaffer nye deler av vann- og avløpsanlegget, med nødvendige rør under offentlig vei, for så å overdra det uten særskilt vederlag til AVA. På denne måten er AVA gitt en særrett som omfattet av ordlyden i forsyningsforskriftens § 4 bokstav b) nr 1.
- (23) AVA som samvirkelag er derfor omfattet av forsyningsforskriften.
- (24) Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen gjelder en varekontrakt. Anskaffelsens estimerte verdi var 9.3 millioner og overstiger således terskelverdien for i forsyningsforskriftens § 11 (1) bokstav b) nr. 1. Forsyningsforskriften får derfor anvendelse på anskaffelsen.
- (25) Forsyningsforskriftens § 17 (1) bestemmer at anskaffelsen skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, og kunngjøres i samsvar med § 18. Et unntak gjøres imidlertid i (2) bokstav c) som bestemmer at kunngjøring ikke er nødvendig dersom *□ arbeidet av tekniske (□) grunner (□) bare kan utføres av en bestemt leverandør□*. Ved vurderingen av om det foreligger flere mulige leverandører, må innklagede se hen til hele EØS/WTO-markedet, idet kunngjøringsplikten gjelder for hele dette området.
- (26) Forskriftens § 17 (2) bokstav c) er en unntaksregel som skal fortolkes strengt, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at regelen kan benyttes i det enkelte tilfellet, jf. EF-dommen C-385/02. Det følger videre av dommen at en generell påstand om at oppdraget er så komplekst og vanskelig at det kun kan utføres av en leverandør, uten at det fremkommer en detaljert redegjørelse for hvorfor det var nødvendig å overdra oppgaven til en enkelt leverandør, ikke er tilstrekkelig for å oppfylle bevisbyrden.
- (27) Klagenemnda kan ikke ta stilling til om klager faktisk kunne levert tilsvarende vannprosessutstyr. Innklagede har imidlertid ikke godtgjort at det av tekniske grunner ikke fantes andre leverandører på EØS/WTO-markedet som kunne levere vannprosessutstyret, men kun argumentert med at klager ikke hadde tilstrekkelig erfaring. Innklagede har således ikke godtgjort at de kunne foreta en direkteanskaffelse med hjemmel i forskriftens § 17 (2) bokstav c).
- (28) Da innklagede ikke har anført at andre unntaksregler kommer til anvendelse, skulle anskaffelsen vært kunngjort, jf. forskriftens § 17 (1).

Konklusjon:

Austevoll Vatn og Avløp har brutt forsyningsforskriften § 17 (1) ved ikke å kunngjøre anskaffelsen av nytt vannprosessutsyr.

For klagenemnda, Oslo 25. oktober 2004

Morten Goller