



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse vedrørende bygging av et vannrenseanlegg. Konkurransen omfattet også opsjon på drift av vannrenseanlegget. Under byggeperioden ble valgte leverandør meddelt at innklagede ville drive vannrenseanlegget i egenregi, og at driftsopsjonen dermed ikke ville bli utløst. Klager hevder å ha krav på at opsjonen skulle utløses. Klagenemnda fant at nemnda ikke hadde kompetanse til å behandle klagen, og klagen ble derfor avvist.

Klagenemndas avgjørelse 16. april 2007 i sak 2006/148 – I 7

Klager: Konsortiet AFS-Krüger

Innklaget: Oslo kommune v/Vann- og avløpsetaten

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Bjørg Ven

Saken gjelder: Klagenemndas kompetanse.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/Vann- og avløpsetaten (heretter kalt innklagede) utlyste i 2002 en konkurranse vedrørende bygging av nye Oset vannrenseanlegg. Konkurransen omfattet også opsjon på drift av vannrenseanlegg i 15 + 5 år.
- (2) Fra konkurransegrunnlagets kapittel B – ”Leveringsomfang og opsjoner” – hitsettes:

”1. LEVERINGSOMFANG

1.1. Generelt

[...]

Tilbudet skal inkludere et antall opsjoner som VAV [Vann- og avløpsetaten] fritt skal kunne utløse. Samtlige av de presenterte opsjonene nedenfor skal inngå i tilbudet og prissettes separat i henhold til prisnedbrytningsstrukturen.

[...]

2. OPSJONER

2.1. Drift av Oset vannrenseanlegg

2.1.1 Generelt

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

Tilbyderen skal gi tilbud på drift av nye Oset vannrenseanlegg som en opsjon. Driftsavtalen skal begynne å løpe fra overtagelsesdato i henhold til anleggskontrakten.

[...]

2.2. Drift av Skullerud vannrenseanlegg

2.2.1 Generelt

Generelt om driftsopsjonen

I det tilfellet av VAV ønsker å utløse driftsopsjonen for nye Oset vannrenseanlegg, vurderes det som naturlig samtidig å innhente tilbud på drift av Skullerud vannrenseanlegg for derigjennom å samle driften av vannrenseanleggene på en driftsoperatør.

[...]"

- (3) Den 24. oktober 2003 ble det inngått kontrakt mellom innklagede og Konsortiet AFS-Krüger (heretter kalt klager) om bygging av nye Oset vannrenseanlegg. Partene paraferte samtidig en driftsavtale, men denne ble ikke signert. Fra driftsavtalen hitsettes:

"Dersom VAV bestemmer seg for å avrope driftsopsjonen, må dette skje senest to år før overgangen til driftsfasen. [...]"

- (4) Den 14. juni 2004 ble det holdt møte mellom innklagede og klager vedrørende driftsavtalen. Fra møtoreferatet hitsettes:

"4. Videre fremdrift

[...]

• [...]

• *Frist for utløsning av opsjon* 16.05.06"

- (5) Ved telefaks av 12. mai 2006 ble klager meddelt at innklagede ville drive Oset vannrenseanlegg i egenregi og at driftsopsjonen derfor ikke ville bli utløst.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (6) Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse og Klagenemnda for offentlige anskaffelser har kompetanse til å behandle klagen. Inngåelse av en gjensidig bebyrdende avtale er ikke endestasjonen for anskaffelsesreglenes virkeområde, jf EF-domstolens avgjørelse i de forente saker C-20/01 og C-28/01. Driftsopsjonen var en integrert del av anskaffelsen som ble foretatt i 2002-2003. Ved en eventuell utløsning av driftsopsjonen skal det ikke inngås en ny gjensidig bebyrdende kontrakt mellom partene. Utøvelse/ikke-utøvelse av driftsopsjonen er derfor en "... beslutning[...]
under gjennomføringen av [en] anskaffelse ...", jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 (1).

- (7) Dertil kommer at innklagede gjennom konkurransegrunnlaget etterspurte omfattende informasjon og redegjørelse for hvordan driften skulle organiseres osv. Videre var tildelingskriteriene også knyttet til driftsopsjonen. Samlet sett innebærer dette at vurderingen, og til slutt beslutningen, om utøvelse/ikke-utøvelse av driftsopsjonen må være basert på de kriterier som fremgår av konkurransegrunnlaget. Innklagedes beslutning om ikke å utløse driftsopsjonen er en fortsettelse av anskaffelsen som ble igangsatt i 2002.
- (8) Slik saken står for klagenemnda, finner nemnda ikke grunn til å referere klagers øvrige anførsler her.

Innklagedes anførsler:

- (9) Bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter gjelder anskaffelsesprosessen frem til kontraktsinngåelse. I forliggende tilfelle er det tale om en driftsopsjon, det vil si en ensidig rett for innklagede til å utløse opsjonene eller ikke etter at kontrakt er inngått. Utløsning eller ikke-utløsning av opsjonene er et forhold som er regulert i kontrakt og ikke i anskaffelsesregelverket. Innklagede har besluttet at drift av nye Oset vannrenseanlegg skal utføres i egenregi. Egenregien og eventuell beslutning om utførelse i egenregi er ikke omfattet av anskaffelsesregelverket. Klagenemnda har etter dette ikke kompetanse til å behandle klagen, og klagen må således avvises.

Klagenemndas vurdering:

- (10) Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 (1) at klage til klagenemnda må gjelde *”... unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne”*. Spørsmålet er om innklagedes beslutning om å drive vannrenseanlegget i egenregi, samt beslutningen om ikke å utløse driftsopsjonen omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser og dermed klagenemndas kompetanse.
- (11) Arbeid i egenregi omfattes ikke av forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften ettersom det ikke foreligger en *”gjensidig bebyrdende avtale [kontrakter]”* mellom en oppdragsgiver og en leverandør, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 § 1-3 (1), jf § 1-4 bokstav a og forsyningsforskriften av 5. desember 2003 § 7 (1), jf § 1 bokstav e. I sak 2003/243 la klagenemnda til grunn at unntaket for egenregi også måtte gjelde i forhold til lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (12) Opsjonene i denne saken gir oppdragsgiver en mulighet for, men ikke plikt til å utvide en avtale som er inngått. Anskaffelsesregelverket regulerer prosedyren frem til kontrakt er inngått. Spørsmål om utløsning av opsjon oppstår etter at kontrakt er inngått. Hvorvidt en opsjon skal utløses eller ikke reguleres som et klart utgangspunkt således ikke av regelverket for offentlige anskaffelser. Klagenemnda kan ikke se at de EF-dommene klager henviser til har relevans i denne sammenhengen.
- (13) På bakgrunn av ovennevnte finner klagenemnda at verken innklagedes beslutning om å drive vannrenseanlegget i egenregi eller beslutningen om ikke å utløse driftsopsjonen omfattes av lov om offentlige anskaffelser eller tilhørende forskrifter.

Klagenemnda har dermed ikke kompetanse til å behandle klagen, og klagen avvises med det fra klagenemndsbehandling.

Konklusjon:

Klagen avvises fra klagenemndsbehandling.

For klagenemnda,
16. april 2007

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Morten Goller', with a long horizontal flourish extending to the right.

Morten Goller