



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av grave- og rørleggertjenester i forbindelse med rehabilitering av vei, vann og avløp i Skolevegen på Jevnaker. Klagenemnda fant at arbeidet var omfattet av gjeldende rammeavtale om levering av grave- og rørlegger tjenester.

Klagenemndas avgjørelse 14. januar 2014 i sak 2012/31

Klager: Tero Anlegg AS

Innklaget: Jevnaker kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) I slutten av 2008 gjennomførte Jevnaker kommune (heretter kalt innklagede) en åpen anbudskonkurranse vedrørende *"Rammeavtale, grave- og rørleggertjenester for Jevnaker kommune, Teknisk drift"*. Av konkurransegrunnlaget datert 9. desember 2008, fremgikk det av punkt 1.3:

"Denne forespørsel omfatter rammeavtale for levering av grave- og rørleggertjenester til JK i samsvar med beskrivelser i dette dokument med vedlegg. En rammeavtale er i hovedsak ment å skulle dekke oppdragsgivers behov til løpende vedlikehold ved lekkasjer og kloakkstopp samt mindre anlegg i avtaleperioden. Ved større arbeider/ anlegg forbeholder oppdragsgiver seg retten til å innhente egne tilbud."

- (2) Av punkt 1.5. *"Anskaffelsens omfang"* fremgikk følgende:

"(...) Tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler som er inngått med flere leverandører, foretas på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres ny konkurranse. Dersom anbyder vil inngi priser som er avhengig av tildeling av hele oppdraget må dette oppgis."

Vi gjør oppmerksom på at kommunene ikke forplikter seg til noe bestemt volum. Endringer i budsjetter, skadeomfang og rutiner kan påvirke totalvolumene.

Aktuelle arbeider er:

- *Grave- og rørarbeider i forbindelse med vannlekkasjer.*
- *Grave- og rørarbeider i forbindelse med kloakkstopp/sanering.*
- *Gravearbeider ved krisesituasjoner. (Flom, ras osv.). I krisesituasjoner må entreprenør stille hele sin kapasitet til disposisjon.*
- *Gravearbeider i forbindelse med veivedlikehold og mindre veianlegg.*
- *Mindre nyanlegg og rehabiliteringsarbeider.*

Tilbyder må kunne arbeide selvstendig uten bistand fra JK. Alt utstyr som er nødvendig for arbeidene må holdes av tilbyder selv. Dette gjelder også ved eventuelt behov for underleverandør."

- (3) Av punkt 2.2 fremgikk det at konkurransen ble gjennomført som en åpen anbudskonkurranse under EØS-terskelverdiene. Videre fremgikk det blant annet av punkt 5.1 at *"Oppdragsgivers standard avtalevilkår utgjør en obligatorisk del av kontrakten"*.
- (4) I brev av 12. januar 2009 fra COWI AS til innklagede med tittelen *"Jevnaker kommune-Inngåelse av rammeavtale for grave- og rørleggerarbeider. Valg av entreprenør."* fremgikk at det ved anbudsfristens utløp var kommet inn fem tilbud. Innklagede inngikk rammeavtale med Åsmund Pettersen & Sønn AS og Senneseth Anlegg AS 19. mars 2009.
- (5) Av dokumentet benevnt *"Avtalevilkår for rammeavtale/leverandøravtale"* punkt 2.0 fremgikk det at avtalen gjaldt fra og med 1. mars 2009 til og med 31. desember 2012. Det fremgikk av punkt 3.1 at *"Avtalen innebærer en ordning der kjøper utsteder enkeltbestillinger med henvisning til denne rammeavtale/leverandøravtale"*.
- (6) I e-post fra Tero Anlegg AS (heretter kalt klager) til innklagede av 10. januar 2012 fremgikk følgende:

"Registrerer at det er igangsatt arbeider med grøfter for vann, avløp og fjernvarme fra JORs til kunstisbane. Jeg har dessverre ikke registrert at dette har vært ute på anbud. Dersom det ikke er lagt ut må jeg spørre om grunnen til dette. Dette er helt klart en anskaffelse til over 500.000,-. Hva er i så fall arbeidene estimert til?"

- (7) Innklagede besvarte klager per e-post 20. januar 2012 slik: *"(...) Anleggets omfang er av en slik karakter at kommunen har tatt arbeidet på rammeavtale på grunn av store usikkerhetsmomenter."* I en etterfølgende udatert e-post presiserte innklagede at man *"har for grave- og rørleggertjenester inngått rammeavtale[r]. Rammeavtalene var annonsert på Doffin i 2008 og forholder seg til gjeldende regelverk knyttet til anskaffelser og dagjeldende terskelverdier. I Skolegata er kostnadsberegningene på vann/kloakk ca. 0,55 mill med en usikkerhetsmargin på ca. 0,2 mill. Materiell kjøpes inn av kommunen selv etter behov.(...)"*
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) per brev av 31. januar 2012, med anførsel om at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med legging av vann og avløp i Skolevegen på Jevnaker. Det ble vist til at innklagede hadde vedtatt å bygge ny kunstisbane 15. desember [2011] og at årsaken til gravingen var at det skulle legges fjernvarmerør opp til stadion. Arbeidene ble ifølge klager påbegynt medio januar av et firma som innklagede hadde rammeavtale med og arbeidet var i følge klager heller ikke kunngjort.
- (9) Partene har gjennom korrespondanse til klagenemnda klargjort hvilket arbeid som er gjennomført, og som er gjenstand for klagers anførsel. Etter disse klargjøringene gjelder klagen, slik nemnda forstår den, Åsmund Pettersen & Sønns grave- og rørleggingsarbeid i forbindelse med rehabilitering av vei, vann- og kloakkledninger i Skolevegen.
- (10) Innklagede har opplyst at det var foretatt avrop på rammeavtalene i 2009 for kroner 7,9 millioner, i 2010 for kroner 6,9 millioner, i 2011 for kroner 6,3 millioner og i 2012 for kroner 1,2 millioner frem til medio april 2012. Det er også opplyst at totale kostnader

knyttet til rehabilitering av vann, avløp og vei i Skolevegen var kroner 2 627 548 og at det er betalt kroner 1 864 837 for arbeider utført av Åsmund Pettersen & Sønn.

(11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. januar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(12) Innklagede har foretatt ulovlige og uhensiktsmessige avrop på eksisterende rammeavtale ved rehabilitering av vann, vei og avløp i Skolevegen. Arbeidene som er utført, omfattes ikke av beskrivelsen gitt i tilbudsforespørsel "*Rammeavtale – grave og rørlegger tjenester*" eller inngåtte rammeavtaler. Rammeavtalene er ment å dekke plutselige og akutte behov, ikke ordinære planlagte rehabiliteringer og nyanlegg. De aktuelle arbeidene som utføres kan ikke karakteriseres som "*mindre*" rehabilitering eller nyanlegg. Til det er arbeidene for omfattende og har en for høy verdi.

Innklagedes anførsler:

(13) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Rehabilitering av vann, vei og avløp i Skolevegen er innenfor inngåtte rammeavtale. Tiltaket i seg selv er et mindre tiltak knyttet til vei, vann og avløp innenfor kloakksanering, veivedlikehold og mindre nyanlegg og rehabiliteringsarbeider, jf. kulepunkt 2,4 og 5 i punkt 1.5 i tilbudsforespørsel "*Rammeavtale – grave og rørlegger tjenester*". Det er innklagede selv som er prosjektleder og står for innkjøp av materiell, noe som underbygger at prosjektet har en beskjeden størrelse. Ut fra tilbudets beskrivelse av arbeidets omfang knyttet til graving, rørleggerarbeider og vei, er det ikke grunnlag for å hevde at kostnadene knyttet til arbeidene i Skolevegen er for høye.

Klagenemndas vurdering:

(14) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å anvende inngått rammeavtale med Åsmund Pettersen & Sønn til levering av grave- og rørlegger tjenester i forbindelse med rehabilitering av vei, vann og avløp i Skolevegen, og hvorvidt det skal ilegges gebyr.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

(15) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.

(16) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.

(17) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere. Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012, er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det

skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Dette er situasjonen i foreliggende sak.

- (18) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å legge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (19) Innklagede ble orientert om at det i saken var påstand om ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas brev av 8. februar 2012. Innklagede inngikk rammeavtale med Åsmund Pettersen & Sønn AS 19. mars 2009. Basert på sakens opplysninger legger klagenemnda til grunn at denne rammeavtalen er kunngjort i henhold til regelverket. Det er avrop på rammeavtalen som eventuelt utgjør den ulovlige direkte anskaffelsen og som foreldelsesfristen må vurderes i forhold til. Innklagede har ikke opplyst når avropene ble igangsatt, men har opplyst at arbeidet var avsluttet innen 28. november 2013. Klager har vist til at arbeidet på Skolevegen startet medio januar 2012. Innklagede har ikke bestridt dette tidspunktet. Klagenemnda legger derfor til grunn at avropene på rammeavtalen ble iverksatt i januar 2012, og klagen tas under behandling.
- (20) Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (21) Av loven § 7b, 1. ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1. Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med arbeid knyttet til rehabilitering av Skolevegen. Arbeidet er ikke omfattet av inngått rammeavtale med Åsmund Pettersen & Sønn og anskaffelsen er dermed ikke kunngjort i henhold til regelverket.
- (22) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskriften § 9-1 og § 18-1, jf. § 2-1 (2) jf. § 2-2 (1). Innklagede har opplyst at totale kostnader knyttet til rehabilitering av vann, avløp og vei av Skolevegen var kroner 2 627 548. Av dette er det betalt kroner 1 864 837 for arbeider utført av Åsmund Pettersen & Sønn i henhold til rammeavtalen. Andre kostnader var opplyst til kroner 762 710. Kjøp i den størrelsesorden det her er tale om, er kunngjøringspliktig i medhold av forskriften § 2-1, jf. også § 2-3 om beregning av anskaffelsens anslåtte verdi.
- (23) Innklagede har anført at arbeidet med rehabilitering av vann, avløp og vei av Skolevegen er omfattet av den kunngjorte rammeavtalen med Åsmund Pettersen & Sønn som ble inngått 19. mars 2009.
- (24) Et avrop som foretas med hjemmel i en rammeavtale som er kunngjort i henhold til regelverket, er ikke en ulovlig direkte anskaffelse etter loven § 7b. I klagenemndas sak 2004/310 premiss (32) oppstilte nemnda følgende vurderingstema for spørsmålet om et avrop var omfattet av en allerede kunngjort rammeavtale:

"Vilkårene for avrop uten ny kunngjøring er at uttakene er fastsatt i rammeavtalen, at den konkrete anskaffelsen etter sin art er omfattet av avtalen, og at avrop foretas innenfor de tidsrammene rammeavtalen fastsetter."

- (25) Dette utgangspunktet ble også lagt til grunn i klagenemndas sak 2011/181, og det må legges til grunn i foreliggende sak. Som nevnt var arbeidet som innklagede hjemlet i rammeavtalen, noe graving og rørleggerarbeid i forbindelse med rehabilitering av vann, vei og kloakk i Skolevegen, og dette arbeidet ble iverksatt januar 2012. Arbeidet som ble gjennomført var dermed omfattet av beskrivelsen av "*Anskaffelsens omfang*", jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.5. og var dessuten innenfor tidsrammen for rammeavtalen.
- (26) Klager har anført at arbeidene som ble utført uansett ikke kan karakteriseres som "*mindre*" rehabilitering eller nyanlegg fordi arbeidene er for omfattende og har en for høy verdi.
- (27) Hverken avtalevilkårene eller konkurransegrunnlaget ga en konkret angivelse av estimert totalomfang eller årlig verdi av avropene som skulle omfattes av rammeavtalen. Beskrivelsen av anskaffelsens omfang antyder at avtalen er ment for mindre oppdrag og vedlikehold. Rammeavtalen var imidlertid ikke begrenset til dette, bortsett fra at oppdragsgiver forbeholdt seg adgangen til å innhente egne tilbud for større arbeider/anlegg.
- (28) Innklagede har redegjort for at opprinnelig strekning for rehabilitering først var antatt å være 300 meter og at kostnadsberegningene på vann/kloakk var om lag kroner 550 000 med en usikkerhetsmargin på omlag kroner 200 000. Innklagede har også redegjort for at rehabiliteringen på Skolevegen hadde usikkerhetsmomenter ettersom ledningsnettets ikke var kartlagt og at dette usikkerhetsmomentet kunne innebære at kostnadene for arbeidet ville øke. Sett i lys av rammeavtalens omfang var totalkostnadene som avropet til slutt endte med, godt innenfor de rammer som tidligere avrop beløp seg til. Opprinnelig var det også antatt at avropet skulle være noe mindre. Avropet må derfor anses innenfor rammeavtalens omfang også på dette punkt. Avropet var foretatt med hjemmel i rammeavtalen som er kunngjort i henhold til regelverket og er ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel fører dermed ikke fram.

Konklusjon:

Jevnaker kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 14. januar 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn