



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Miljødirektoratet inngikk en kontrakt om planlegging og prosjektering av genbank som var planlagt etablert og driftet av valgte leverandør. Klagenemnda ga klager medhold i at kontraktsinngåelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsen var ikke kunngjort, og vilkårene for eneleverandørunntaket var ikke dokumentert oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 24. november 2017 i sak 2016/186

Klager: Foreningen for laks tilbake til Lutsivassdraget

Innklaget: Miljødirektoratet

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Miljødirektoratet (heretter innklagede) inngikk 12. oktober 2015 kontrakt med Norsk institutt for naturforskning (heretter valgte leverandør) om planlegging og prosjektering av etablering og drift av (levende) genbank for bestander av laksefisk i Hardangerfjorden. Kontrakten forutsatte at genbanken skulle etableres i tilknytning til valgte leverandørs forskningsstasjon på Ims i Rogaland. Anskaffelsen hadde en kostnadsramme på 3 500 000 kroner eksklusiv mva. Kontrakten ble inngått uten forutgående kunngjøring av en konkurranse.
- (2) Tidligere hadde innklagede inngått en liknende kontrakt med valgte leverandør for arbeid som skulle utføres høsten 2014 og for arbeid som var utført tidligere samme år. Denne ble inngått 25. september 2014 og hadde en samlet kostnadsramme på 453 000 kroner eksklusiv mva.
- (3) På et enda tidligere tidspunkt avholdt innklagede en konkurranse om etablering og drift av genbank. Denne ble kunngjort 7. oktober 2013. Det ble opplyst i kravspesifikasjonen at innklagede primært var interessert i å inngå en leie- og driftsavtale på en etablert lokalitet, hvor innklagede kunne bidra til oppgradering og nødvendig investering til genbankstatus.
- (4) I kravspesifikasjonen for konkurransen som ble kunngjort i 2013 var det blant annet stilt krav til at lokaliteten burde være knyttet til vestlandsregionen på strekningen fra Rogaland til og med Sogn og Fjordane, og at den burde ha kapasitet til inntil 17 bestander. Det ble også stilt krav til vannkvalitet/vanntemperatur, potensiell vannmengde, leveringssikkerhet, smittesikkerhet, personell og driftsforhold, eksisterende rørgater og vanntilførsel/avløp, eksisterende anleggsfasiliteter bygg/kar p.d., arealer/utbyggingsmuligheter, miljøkonsekvenser, tidsaspektet, bestandskapasitet og kostnader for drift og etablering.

- (5) Denne konkurransen ble avlyst ved brev datert 6. februar 2014. Grunnen var at det eneste egnede tilbudet (fra valgte leverandør) skisserte et løsningsforslag med samlet kostnadsbilde som lå utenfor budsjettet.
- (6) På konkurransetidspunktet eksisterte det genbankdrift i Eidfjord i Hardanger. Driften av denne er ifølge innklagede i senere tid avviklet.
- (7) I forbindelse med at genbanken i Eidfjord hadde hatt enkelte problemer, utformet Veterinærinstituttet et notat datert 4. mars 2010 hvor det ble redegjort for betenkeligheter i forbindelse med fortsatt genbankdrift ved dette anlegget. I notatet ble det gitt en oversikt over problemene som var identifisert, tiltakene som var gjennomført, og dagens status.
- (8) I notatet ble det konkludert med blant annet at driftssituasjonen var utilfredsstillende, spesielt relatert til fiskehelse og velferd. Den genetiske sammensetningen av populasjonene ble også påvirket gjennom uønsket dødelighet. Anlegget var avhengig av et teknisk komplisert vannforsyningssystem i den daglige driften, hvilket også økte risikoen utover det som var ønskelig for et genbankanlegg med unikt fiskemateriale. Det ble videre anbefalt å sette i gang en utredning av alternative lokaliteter for genbanken snarest.
- (9) I etterkant av undersøkelsene fra Veterinærinstituttet ble det også foretatt vurderinger av Norsk institutt for vannforskning. Av rapporten datert 18. januar 2011 fremgikk vurderinger av vannkvaliteten i grunnvannsbrønner som fungerte som vannkilder ved genbanken. I rapporten ble det anbefalt at genbanken faset ut bruken av en av brønnene som vannkilde på grunn av resultater på kobbernivå. Det ble anbefalt å beholde vannkildene i tre av brønnene, men grunnet relativt høyt kobbernivå ble det anbefalt å vurdere forebyggende tiltak for å redusere giftigheten av kobberet. Det ble ikke anbefalt å bruke overflatevann fra magasinet Sysima som alternativ vannkilde, grunnet høyt partikkelinnhold og høye metallverdier. Overflatevann fra magasinet Langsima ville kunne være en god alternativ vannkilde, men den burde følges opp med vannanalyser for å kartlegge stabiliteten i kilden, spesielt med hensyn til metallfluktuasjoner.
- (10) Før konkurransen ble avholdt, ble det videre foretatt enkelte vurderinger av andre potensielle lokasjoner for genbanker.
- (11) Daværende Direktoratet for naturforvaltning, Veterinærinstituttet og Statskraft Energi AS utarbeidet et notat datert 28. september 2010, hvor det ble redegjort for en vurdering foretatt våren samme år av nye genbanklokaliteter i Hordaland. Vurderingen skulle tas på bakgrunn av et sett med grunnleggende kriterier med hovedutgangspunkt i de viktigste forutsetningene som var angitt til å være vannkvalitet og sikkerhet for vannforsyning. Øvrige kriterier var geografisk søkeområde, infrastruktur og arealbehov.
- (12) Det fremgikk av notatet at det etter en runde med generelle vurderinger ut fra fastlagte kriterier ble bestemt å gå videre med fire alternative lokaliteter:

"1. Fortsatt drift ved genbankanlegget i Simadalen i Eidfjord. Noe som forutsetter å etablere en ny vannkilde til anlegget.

2. Etablere et nytt anlegg i Ålvik, ved Bjølvfoss bruk (smelteverk) og eksisterende kommersielt smoltanlegg på samme lokalitet.

3. Etablere et nytt anlegg i Folkedal utenfor Granvin, i tilknytning til et nytt minikraftverk som bygges i området av Indre Hardanger Kraftselskap (IHK).

4. Etablere et nytt anlegg i Ulvik sentrum i tilknytning til opprustning av eksisterende elvekraftverk i regi av BKK."

- (13) Av notatet fremgikk det at alternativene i Eidfjord, Ålvik og Folkedal ble prioritert ned, mens Ulvik-alternativet foreløpig ble prioritert øverst ut fra de kriteriene som ble fastsatt ved oppstart av sonderingene. Det ble derfor foreslått at dette alternativet ble videreutredet først.
- (14) Innklagede har videre fremlagt et internt udatert notat med vurderinger av ulike lokasjoner for genbank utenfor Hordaland. De aktuelle lokasjonene var Ølve, Ims, Skjerdal og Langstein. Lokasjonene ble vurdert på bakgrunn av følgende kriterier: Vannkvalitet/vanntemperatur, potensiell vannmengde, leveringssikkerhet, smittesikkerhet, kompetanse og driftsforhold, eksisterende rørgater og vanntilførsel/avløp, eksisterende anleggsfasiliteter bygg/kar p.d., arealer/utbyggingsmuligheter, miljøkonsekvenser, tidsaspektet, bestandskapasitet og kostnader for drift og etablering.
- (15) Det fremgår av beslutningsmatrisen at Ims fikk best poengsum med 65 poeng, mens de øvrige tre fikk poengsummer på mellom 58 og 60. Innklagede har opplyst at lokasjonen på Langstein uansett var utenfor det ønskelige geografiske området, og at den derfor ble ansett som uegnet.
- (16) Norsk institutt for vannforskning utformet 29. august 2013 et notat vedrørende evaluering av mulige vannkilder for ny genbank i Ulvik. Dette var det samme alternativet som kom best ut i undersøkelsene i notatet datert 28. september 2010. Evalueringen tok for seg tre alternative vannkilder: Ulvik kraftverk og nye og gamle Tysso kraftverk.
- (17) Når det gjaldt nye Tysso kraftverk ble det konkludert med at pH-verdiene lå innenfor det optimale for laksefisk, men at både bufferkapasiteten og kalsiumkonsentrasjonen var svært lav. Metallkonsentrasjonene varierte til dels mye og var tidvis svært høye sett i sammenheng med tålegrense for laksesmolt. Det ble imidlertid uttrykt at det ville være mulig å gjøre vannbehandlingstiltak for å forbedre vannkvaliteten for fisk under perioder med forhøyet risiko for giftighet av metaller.
- (18) For Ulvik kraftverk ble det konkludert med at pH-verdiene var gode og at bufferkapasiteten var best av de tre. Det var også det stedet med lavest metallkonsentrasjoner, men også der forekom episoder med forhøyede kobberkonsentrasjon.
- (19) For vannkilden på gamle Tysso kraftverk ble det konkludert med at pH-verdiene lå innenfor det optimale for laksefisk. Også der var imidlertid bufferkapasiteten lav. Til tross for at pH-verdiene var relativt høye og akseptable skjer det endringer i vannets organiske innhold, kalsiuminnhold og partikkelinnhold som samlet sett medfører høy risiko for giftighet av metaller for laksefisk.
- (20) Etter å ha utelukket de nevnte lokalitetene, inngikk innklagede 12. oktober 2015 kontrakt med valgte leverandør om planlegging og prosjektering av genbanken på Ims.

- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. desember 2016.
- (22) Klagenemnda tok opprinnelig stilling til saken i nemndsmøte 26. oktober 2017. Klagenemnda la til grunn at innklagede ikke hadde sannsynliggjort at vilkårene for eneleverandørunntaket var oppfylt. Klagenemnda konkluderte på den bakgrunn med at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Etter at klagenemndas avgjørelse ble meddelt partene, gjorde imidlertid innklagede klagenemnda oppmerksom på at avgjørelsen ikke hadde tatt i betraktning innklagedes siste prosesskriv datert 15. mars 2017. E-posten var ved en feiltakelse ikke arkivert, og innklagede ba på den bakgrunn klagenemnda om å ta stilling til saken på nytt.
- (23) I tråd med klagenemndas avgjørelse i sak 2009/272, finner nemnda det riktig at saken tas opp til ny behandling. Innklagedes anmodning om å sette nemnda med nye medlemmer ble imidlertid ikke etterkommet da nemnda ikke kan se at gjenåpningen av saken kan betraktes som en inhabilitetsgrunn, jf. klagenemndsforordningen § 15, jf. forvaltningsloven § 6.
- (24) Saken ble behandlet på nytt i nemndsmøte 22. november 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagede brøt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse. Tildeling av kontrakt skjedde uten kunngjøring og uten konkurranse.
- (26) Eneleverandørunntaket kommer ikke til anvendelse. Det finnes ingen skriftlig nedtegnelse av den vurderingen innklagede hevder å ha utført. Den avlyste konkurransen kan ikke brukes som grunnlag for å konkludere med at Ims var eneste mulige lokalitet og at valgte leverandør var den eneste mulige leverandør. Konkurransen gjaldt en konkret anskaffelse. Kontrakten som ble inngått gjaldt noe annet og på andre vilkår enn den avlyste konkurransen.
- (27) Innklagedes påstand om at lokasjonen til valgte leverandør var den eneste mulige, bestrides. De aller fleste settefiskanlegg har krav om å sikre inntaksvann til anleggene mot smitte, slik det var tale om for genbanken. Eksisterende settefiskanlegg kunne vært aktuelle tilbydere i en ny konkurranse. I tillegg kunne nye anlegg vært etablert, eller eksisterende utvidet slik valgte leverandør planla å gjøre. Vestlandet har mange settefiskanlegg og generelt god tilgang på ferskvann. Eksempelvis har Statskraft sitt anlegg i Eidfjord rent faktisk vært benyttet som genbank for villfisk fra Hardangerfjordområdet i 2015 og 2016.
- (28) Valgte leverandør var ikke i posisjon til å påta seg oppdraget i februar 2014. Valgte leverandør manglet både reguleringsplan og byggetillatelse for det nye anlegget. I tillegg manglet valgte leverandør konsesjon fra Fylkesmannen/NVE etter laks- og innlandsfiskeloven og tillatelse fra NVE til å etablere ny vannledning og vanninntak. Dersom andre aktører på samme måte hadde blitt gitt flere år på å skaffe nødvendig tillatelsesgrunnlag, ville kretsen av mulige tilbydere blitt utvidet.
- (29) Innklagede har ikke hensyntatt at anbudskonkurransen også åpnet for bruk av underleverandører. Dette innebærer at ikke alle de 17 bestandene ville måtte behøve å være oppbevart på samme anlegg og med vann fra samme vassdrag. Det ville være

mulig, og i et sikringsperspektiv ønskelig, å kunne fordele oppbevaringen av bestandene på to eller flere anlegg.

- (30) For å dokumentere grunnlag for eneleverandørunntaket, ville det kreves en systematisk gjennomgang av samtlige vassdrag i det definerte området på Vestlandet, hvor det ble vurdert hvilke av disse, eller kombinasjoner av disse, som ville kunne sikre nødvendig vannmengde per minutt. En slik vurdering er ikke gjort.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Klagers anførsel bestrides.
- (32) Det var kun én mulig lokasjon for genbanken. Dette ble bestemt etter en grundig, faglig vurdering. Sentrale elementer i vurderingen var blant annet at valgte leverandørs lokasjon var innenfor den angitte regionen, at den oppfylte kravene til vannkvalitet og vanntemperatur, potensiell vannmengde og leveringssikkerhet på vannmengde, samt muligheten for vanninntak ovenfor anadrom sone. I tillegg er vassdraget på lokasjonen sperret med en fiskefelle. Det eliminerer risiko for spredning av anadrom smitte, hvilket er et særlig risikoelement det ellers er umulig å fjerne.
- (33) Anlegget i Eidfjord som klager viser til, er nedlagt og driften avviklet grunnet utilfredsstillende vannkvalitet som medførte deformasjoner og dødelighet hos fisken. Denne lokasjonen ble derfor vurdert som uegnet.
- (34) Det ble også foretatt faglige vurderinger av andre mulige lokasjoner. I 2010 ble Ålvik, Folkedal og Ulvik vurdert. Ulvik ble vurdert som den best egnede av disse tre. Ulvik ble imidlertid senere ansett uegnet som lokalitet etter en vurdering av vannkvalitet foretatt av Norsk institutt for vannforskning i 2012 og 2013.
- (35) Etter vurderingene av Ulvik, Folkedal og Ålvik ble også Ølve, Ims, Skjerdal og Langstein vurdert som mulige lokasjoner. Ims ble der vurdert som det beste alternativet. Lokasjonen i Skjerdal ble vurdert som uegnet på grunn av ustabil vannkjemi ved store og plutselige nedbørsperioder. Raske endringer i pH-verdi hadde ved tidligere uhell slått ut hele produksjonen på anlegget. Lokasjonen Langstein ble vurdert som uaktuell fordi den ligger i Trondheimsfjorden og dermed er utenfor det geografiske området genbanken skulle etableres på.
- (36) Som et siste ledd i prosessen ble det avholdt en konkurranse, hvor Ims var den eneste kvalifiserte lokasjonen.
- (37) Avgjørelsen om at den geografiske plasseringen av genbanken måtte være på Ims ble dermed foretatt etter en svært grundig og faglig fundert prosess. Både på grunn av innklagedes generelle kunnskap og kjennskap til regionen som fagmyndighet, og på grunn av en målrettet kartlegging og undersøkelse av mulig plassering av genbank. Videre understøttet den avholdte konkurransen innklagedes forutgående konklusjoner. Det er uten betydning at innklagede ikke har listet opp samtlige vassdrag med redegjørelser for hvorfor hvert eneste er uegnet. Innklagede har derfor sannsynliggjort og dokumentert den faglige vurderingen om at Ims var den eneste aktuelle lokasjon for etablering av slik genbank.

- (38) På den eneste aktuelle lokasjonen var det kun én aktuell leverandør. På grunn av forskningsstasjonen som allerede lå på stedet, ville det ikke være plass til å etablere et nytt anlegg på nevnte plass.
- (39) På grunn av valgte leverandørs eierskap til elven ville det heller ikke være mulig for andre leverandører å ta ut vann fra elven til genbanken eller å etablere den påkrevde infrastrukturen i tilknytning til elven.
- (40) For å etablere den nødvendige infrastruktur, herunder fiskefelle, kreves det konsesjon etter vannressursloven. Det ville ikke være mulig for andre leverandører å få en slik konsesjon, da en slik konsesjon ville kollidere med den valgte leverandør allerede har.
- (41) Klagers påstand om at valgte leverandør ikke var i posisjon til å påta seg oppdraget i februar 2014 bestrides. Det ble ikke tildelt noen kontrakt til valgte leverandør verken i februar eller våren 2014. Innklagede har heller aldri anført eller påberopt at valgte leverandør ved kontraktsinngåelsen hadde en fullt operativ og fungerende genbank med alle nødvendige tillatelser på plass.
- (42) Klagers anførsel om at kretsen av mulige tilbydere ville blitt utvidet dersom andre aktører hadde blitt gitt flere år til å skaffe nødvendig tillatelsesgrunnlag og iverksette planer for anleggsutvidelser, bestrides. Tidsaspektet er i denne sammenheng ikke et moment for hvorfor vilkårene i eneleverandøruntaket er oppfylt.
- (43) Klagers anførsel om at det ville være mulig å fordele oppbevaringen på to eller flere anlegg, bestrides. En slik oppdeling er ikke ønskelig for innklagede. Fra et faglig ståsted er det en rekke gevinster ved å konsentrere virksomheten til ett anlegg. Det er derfor innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet å kreve at alt skulle utføres samlet.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder dette. Klagen, som gjelder kontrakten innklagede inngikk 12. oktober 2015, er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Anskaffelsen følger lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.
- (45) Det fremgår av forskriften § 4-1 bokstav q at en ulovlig direkte anskaffelse er *"en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen"*. Hvilke krav som stilles til kunngjøring beror på hvilken del av forskriften som regulerer anskaffelsen.
- (46) Kontrakten gjelder planlegging og prosjektering i forbindelse med etablering og drift av genbank for bestander av laksefisk. Basert på partenes pretensjoner legges det til grunn at anskaffelsen i utgangspunktet følger reglene i forskriften del I og del II, jf. § 2-1 femte ledd. Anskaffelsen skal da som utgangspunkt kunngjøres i henhold til forskriften § 9-1.
- (47) I forskriften § 2-1 andre ledd andre punktum presenteres imidlertid enkelte typetilfeller hvor det likevel bare er reglene i forskriften del I som kommer til anvendelse. Etter bestemmelsens bokstav a gjelder dette anskaffelser som bare kan *"foretas hos én"*

leverandør i markedet, for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv."

- (48) Generelt gjelder at unntaksbestemmelsene skal tolkes strengt, og det er innklagede som må godtgjøre at vilkårene for unntaket er oppfylt, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/139 premiss 21 med videre henvisninger. Bestemmelsen skal forstås slik at det ikke er tilstrekkelig at én leverandør kan levere tjenesten eller produktet mer effektivt enn andre, jf. også klagenemndas sak 2014/3 i premiss 33 med videre henvisninger. Det kreves at anskaffelsen bare kan foretas hos én leverandør, og dette må oppdragsgiver dokumentere, jf. også sak 2016/39 premiss 24.
- (49) Spørsmålet for klagenemnda blir hvorvidt innklagede har dokumentert at tjenesten bare kunne leveres av valgte leverandør.
- (50) Innklagede har hevdet at det bare eksisterte én mulig lokasjon for genbanken. Dette er i ifølge innklagede basert på en grundig, faglig vurdering, blant annet gjennom den avlyste konkurransen.
- (51) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å nevne at kontrakten i vår sak gjelder planlegging og prosjektering av en genbank, ikke den etterfølgende etableringen og driften av den. Selv om det skulle være riktig at eneste mulige lokalisering av genbanken er på Ims, er det ikke dermed gitt at det bare er valgte leverandør som kan stå for planleggingen og prosjekteringen. Klager har imidlertid ikke bestridt den koblingen mellom planlegging/prosjektering og etterfølgende etablering og drift som innklagede implisitt har lagt til grunn. Da det ikke er avgjørende for resultatet, finner ikke klagenemnda grunn til å vurdere spørsmålet mer inngående.
- (52) At Ims var den eneste mulige lokasjonen for etablering av genbanken er bestridt av klager, som i denne forbindelse blant annet har fremhevet at det i Eidfjord er et anlegg som rent faktisk har vært benyttet som genbank for villfisk fra Hardangerfjord-området i 2015 og 2016.
- (53) Innklagede har imidlertid påpekt at Eidfjord-anlegget er nedlagt og at driften er avviklet grunnet dårlig vannkvalitet. Eidfjord ble derfor ikke vurdert som en egnet lokasjon. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å betvile dette.
- (54) Innklagede anfører videre at det er dokumentert og sannsynliggjort at det heller ikke fantes andre mulige lokasjoner for genbanken ved å vise til tre notater og en avlyst konkurranse.
- (55) Det første notatet var utformet på bakgrunn av en vurdering av mulige genbanklokasjoner våren 2010. Her ble fire aktuelle lokasjoner vurdert. I notatet konkluderes det med at Ulvik-alternativet er "*prioritert øverst*" og at de andre "*prioriteres ned*". Det ble imidlertid ikke gitt tydelige konklusjoner på at noen av alternativene var uaktuelle eller at det forelå problemer som var umulige å utbedre.
- (56) Det andre notatet var et udatert internt notat. Innklagede har gitt uttrykk for at dette kom til i etterkant av det første. Her ble det tatt stilling til mulige lokasjoner på Ølve, Ims, Skjerdal og Langstein. I denne vurderingen var de alternative lokasjonene gitt poeng ut fra utvalgte kriterier. Ims fikk best poengsum med 65 poeng, mens de tre andre fikk

poengsum på mellom 58 og 60. Heller ikke av dette notatet fremgikk det at noen av alternativene var uaktuelle eller innebar uløselige problemer.

- (57) Det tredje notatet innklagede viser til ble utformet i 2013. Dette gjaldt evaluering av mulige vannkilder til en eventuell ny genbank i Ulvik som ble prioritert øverst etter undersøkelsene i 2010. I oppsummeringen ble det gitt uttrykk for enkelte problemer og usikkerhet rundt noen momenter. Blant annet varierende innhold av metaller i vannet, grunnet forhold som snøsmeltingsperioden. Det ble imidlertid heller ikke her uttrykt at de skisserte problemer ikke kunne utbedres eller at lokasjonen var uaktuell.
- (58) Den dokumentasjonen innklagede viser til tar ikke direkte stilling til hvorvidt Ims var den eneste aktuelle lokasjonen. De opplysninger som fremgår av de fremlagte notater fremstår mer som indikasjoner på hvilke fordeler og ulemper et utvalg potensielle lokasjoner fører med seg og hvilke lokasjoner som er best egnede. Som vist til ovenfor er ikke dette tilstrekkelig for å dokumentere at vilkårene for eneleverandørunntaket er oppfylt.
- (59) Eksempelvis er avvisningen av muligheten for å benytte en lokasjon på Langstein begrunnet med at Langstein var utenfor det ønskede geografiske området. Slik klagenemnda ser det er det ikke gitt noen forklaring på hvorfor en slik geografisk begrensning er nødvendig. Kravet om geografisk plassering fremgikk heller ikke som et absolutt krav i konkurransegrunnlaget til den avlyste konkurransen, da det var formulert som et bør-krav.
- (60) Dokumentene viser i stedet at det først ble undersøkt fire utvalgte potensielle lokasjoner, og deretter fire nye. Andre mulige lokasjoner synes ikke vurdert.
- (61) Innklagede har gitt uttrykk for at det er uten betydning at ikke alle vassdrag er listet opp med redegjørelser for hvorfor hvert eneste er uegnet. I tillegg vises det til at en slik opplisting i så fall teoretisk sett skulle tatt for seg alle vassdrag i hele EØS-området. Klagenemnda finner grunn til å nevne at slike opplister og redegjørelser enkelt kan unngås ved å utføre en konkurranse på normalt vis. En slik argumentasjon kan derfor ikke begrunne at eneleverandørunntaket kan anvendes.
- (62) Videre er dokumentene det vises til relativt gamle sett i sammenheng med tidspunktet for inngåelsen av den påklagde avtalen. Også dette svekker dokumentenes bevismessige vekt i vurderingen av om vilkårene var oppfylt.
- (63) Den avlyste konkurransen var kunngjort nærmere to år før kontraktsinngåelsen. Slik denne saken ligger an får den derfor helt begrenset betydning som grunnlag for å sannsynliggjøre at vilkårene for eneleverandørunntaket var oppfylt.
- (64) Det klare utgangspunktet er at leverandørene på markedet selv skal ha mulighet til å vurdere om de vil kunne oppfylle minstekravene til ytelsen som etterspørres. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse.
- (65) Innklagede har etter klagenemndas syn ikke sannsynliggjort at vilkårene for eneleverandørunntaket var oppfylt i dette tilfellet.
- (66) Anskaffelsen reguleres derfor av del I og del II, og skulle følgelig vært kunngjort i henhold til forskriften § 9-1. Innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. forskriften § 4-1 bokstav q.

Konklusjon:

Miljødirektoratet har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk