



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Indre Østfold kommune inngikk i 2020 kontrakt med Guard Automation AS for oppgradering og sammenslåing av eksisterende driftskontrollsystem, samt service- og vedlikeholdsavtale for systemet. Avtalene hadde en estimert verdi på henholdsvis 3 og 4 millioner kroner ekskl. mva. Klager anførte at innklagede hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt direkte med valgte leverandør. Klagenemnda kom til at innklagede hadde hjemmel til å unnta anskaffelsen fra konkurranse, jf. § 13-4 bokstav b nr. 2. Klagers anførsel førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 15. desember 2021 i sak 2021/706

Klager: ASPN Automatikkspesialisten AS

Innklaget: Indre Østfold kommune

Klagenemndas medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

- (1) Fra 1. januar 2020 ble kommunene Trøgstad, Eidsberg, Askim, Spydeberg og Håbøl slått sammen til Indre Østfold kommune (heretter *innklagede*). Etter kommunesammenslåingen overtok den nye kommunens vann- og avløpsenhet ansvaret for å drifte to store og tre små avløpsrenseanlegg, tre vannverk, og totalt 1200 km vann- og avløpsledninger med blant annet 100 avløpspumpestasjoner, ni høydebasseng og 29 pumpestasjoner for vann.
- (2) Ved inngangen til 2020 hadde innklagede to leverandører av driftskontrollsystem for vann- og avløpssystemet. Guard Automation AS var leverandør til to store og ett mindre avløpsrenseanlegg, ledningsnett i de tidligere kommunene Askim, Hobøl og Spydeberg, samt to vannverk. Denne leverandøren var også engasjert for å etablere driftskontrollsystem til to mindre avløpsrenseanlegg. ASPN Automatikkspesialisten AS (heretter *klager*) var leverandør av driftskontrollsystem for ledningsnett i de resterende to av de tidligere kommunene, Eidsberg og Trøgstad kommune, samt for ett vannforsyningsanlegg.
- (3) Etter sammenslåingen hadde innklagede totalt syv forskjellige driftskontrollsystemer å forholde seg til. Det var derfor behov for ett enhetlig system for driftskontroll, som var tilpasset den nye organisasjonen. Klager og Guard Automation AS ble innkalt til møter den 25. august 2020. Tema for møtene var hvordan leverandørene så for seg at innklagedes behov med ett system for driftskontroll for vann- og avløp kunne løses, og hva leverandørene eventuelt kunne tilby.

- (4) Etter dialogmøtene og intern kartlegging, besluttet innklagede å gå i forhandlinger med Guard Automation AS (heretter *valgte leverandør*). Den 21. desember 2020 ble det inngått to kontrakter mellom innklagede og valgte leverandør. Den ene kontrakten gjaldt oppgradering og sammenslåing av driftskontrollsystemer for vann- og avløp, med en estimert verdi på 3 millioner kroner ekskl. mva. Den andre kontrakten var en service- og vedlikeholdsavtale for driftskontrollsystemene, med en total varighet på fem år, og en estimert verdi på mellom 3 og 4 millioner kroner ekskl. mva.
- (5) Av den etterfølgende anskaffelsesprotokollen fremgikk følgende:

«I dette tilfellet vil det være lite hensiktsmessig å konkurranseutsette leveransen av driftskontrollsystem, ettersom behovet kan løses ved å oppgradere lisenser og programvare som eksisterer. I tillegg er det en forutsetning å benytte allerede eksisterende infrastruktur som leverandør har til sin rådighet. Systemet videreutvikles basert på de løsningene som tidligere har blitt bygget opp og vil ikke kunne gjennomføres av andre leverandører.

Teoretisk sett er det mulig å gjennomføre en konkurranse, men det vil medføre store kostnader og ulemper for kommunen som ikke er å anse som en «rimelig løsning». Ved å konkurranseutsette denne anskaffelsen ville man måtte utfase dagens driftskontrollsystem med tilhørende lisenser og skifte ut mye av eksisterende infrastruktur. Dette anslås å bli en uforholdsmessig stor innkjøpskostnad, anslagsvis 3 ganger så dyrt som valgt løsning. Det ville også medført store indirekte kostnader ved å binde opp interne ressurser i et prosjekt med store direkte kostnader.

Konklusjon

En konkurranseutsettelse av hele løsningen vil være svært ressurskrevende og kostbart. Etter en totalvurdering er det besluttet at det ikke finnes andre «rimelige alternativer» enn å oppgradere eksisterende løsning fra Guard uten å gjennomføre konkurranse jfr. FOA § 13-4 b.»

- (6) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. mai 2021.
- (7) Nemndsmøte for utsending av forhåndsvarsel ble avholdt 6. september 2021, og varsel om overtredelsesgebyr ble sendt innklagede 7. oktober 2021 i medhold av forvaltningsloven § 16.
- (8) Innklagede har inngitt merknader til forhåndsvarselet ved prosesskriv av 5. november 2021. Klager har ikke inngitt ytterligere merknader i saken etter mottak av forhåndsvarselet og innklagedes merknader.
- (9) Endelig nemndsmøte i saken ble avholdt 9. desember 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har gjennomført ulovlige direkte anskaffelser ved å inngå to kontrakter uten forutgående kunngjøring. Det er ikke teknisk umulig for andre leverandører å benytte seg av eksisterende infrastruktur eller å gjennomføre de tjenester som nå er tildelt valgte

leverandør. Dette gjelder både oppgraderingen til et enhetlig driftskontrollsystem, og etterfølgende service og vedlikehold.

- (11) Innklagedes påstand om at dagens driftskontroll ikke kan utvikles uten valgte leverandørs programvare, medfører ikke riktighet. Programvaren er basert på Citect som er standard programvare for utvikling av driftskontrollsystemer. I våre tidligere leveranser, er det denne programvaren som har vært benyttet. Innklagedes argumentasjon retter seg kun mot utviklingen av driftskontrollsystemet. Oppdraget omfatter også service og vedlikehold, og det er ingen argumenter som tilsier at disse delene av oppdraget ikke kunne vært utført av andre leverandører. Videre overstiger endringen 50 prosent av kontraktsverdien. Den beregningsmåten innklagede har lagt til grunn er ikke korrekt, da årlig kostnad for service- og vedlikehold ikke er tatt med i beregningen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Det bestrides at regelverket er brutt. Anskaffelsen er omfattet av unntaksbestemmelsen i § 13-4 bokstav b, og er derfor unntatt kunngjøringsplikt.
- (13) Det ble av hensyn til effektivitet, økonomi og driftsoptimalisering besluttet å slå sammen og oppgradere driftskontrollsystemet basert på valgte leverandørs eksisterende løsning. Det vil i dette tilfellet være lite hensiktsmessig å konkurranseutsette leveransen, ettersom behovet kan løses ved å oppgradere lisenser og programvare som eksisterer. Systemet videreutvikles basert på de løsningene som tidligere har blitt bygget opp, og vil ikke kunne gjennomføres av andre leverandører.
- (14) Teoretisk sett er det mulig å gjennomføre en konkurranse, men det vil medføre store kostnader og ulemper som ikke er å anse som en rimelig løsning. Ved å konkurranseutsette anskaffelsen vil man måtte utfase dagens driftskontrollsystem med tilhørende lisenser og skifte ut mye av eksisterende infrastruktur. Dette anslås å bli en uforholdsmessig stor innkjøpskostnad, anslagsvis tre ganger så dyrt som valgt løsning. I tillegg vil dette medføre store indirekte kostnader ved å binde opp interne ressurser.
- (15) Subsidiært anføres det at anskaffelsene utgjør en lovlig endring av eksisterende kontrakt. Det vil ikke være mulig å utvikle et toppsystem basert på dagens driftskontroll uten programvaren og infrastrukturen som valgte leverandør leverer. Videre gjør hensynet til driftssikkerhet, ansatte, ressurser og kostnader at valgte leverandør er eneste som kan levere en helhetlig og rimelig løsning. Skifte av leverandør ville satt kritisk infrastruktur i en usikker situasjon, og en konkurranseutlysning ville ført til høyere kostander. Denne kostnaden er anslått til å være tre ganger så høy som den kontrakt som er inngått med valgte leverandør. Endringen utgjør heller ikke en prisøkning på over 50 prosent av opprinnelig kontraktsverdi.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontraktene ble inngått 21. desember 2020. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, ble sendt til klagenemnda 4. mai 2021, og er derfor rettidig fremsatt.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (17) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt uten forutgående kunngjøring.
- (18) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (19) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi, er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 (2) og 8-17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. For andre enn statlige oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter er terskelen for kunngjøringsplikten i Doffin 1,3 millioner kroner ekskl. mva. og TED 2,05 millioner kroner ekskl. mva. fra 12. februar 2020.
- (20) Kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør om oppgradering og sammenslåing av eksisterende driftskontrollsystemer har en estimert verdi på 3 millioner kroner ekskl. mva. Service- og vedlikeholds kontrakten har en estimert totalverdi på mellom 3 og 4 millioner kroner ekskl. mva. Begge anskaffelsene overstiger dermed både den nasjonale terskelverdien og EØS-terskelverdien, og skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort både i Doffin og TED-databasen. Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsene fra kunngjøring.

Eneleverandørunntaket – forskriften § 13-4 bokstav b

- (21) Innklagede har inngått to avtaler – en om oppgradering og sammenslåing av driftskontrollsystemer for vann- og avløp, og en avtale om service- og vedlikehold av driftskontrollsystemet. Det er på det rene at begge anskaffelsene etter sin art og verdi som utgangspunkt skulle vært kunngjort.
- (22) Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsene var unntatt fra kunngjøringsplikt, og at de derfor ikke utgjør ulovlige direkte anskaffelser. Nærmere bestemt er det anført at anskaffelsene omfattes av unntaket i § 13-4 bokstav b nr. 2.
- (23) Bestemmelsen gjennomfører deler av artikkel 32 i direktiv 2014/24, og oppstiller vilkår for når anskaffelser kan gjennomføres uten konkurranse. En oppdragsgiver kan blant annet gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom anskaffelsen gjelder «*ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere*» fordi «*konkurranse er umulig av tekniske årsaker*». Unntaket gjelder videre kun når det «*ikke foreligger rimelige alternativer*» og «*den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør*».
- (24) Unntaksbestemmelsen er begrunnet med at det i noen tilfeller vil være nødvendig bruk av tid og ressurser å avholde en konkurranse. Bestemmelsen skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for at unntaket kommer til anvendelse er oppfylt, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-337/05 *Agusta Bell*, premiss 57-58 med videre henvisninger.
- (25) I premiss 50 av direktivets fortale er det presisert at anskaffelser uten konkurranse kun bør «*anvendes under helt ekstraordinære omstendigheter*», og at dersom situasjonen med kun en leverandør «*skyldes tekniske årsaker, bør de defineres nøye og dokumenteres*

i hvert enkelt tilfælde». Unntaket krever at det skal være nærmest teknisk umulig for en annen leverandør å gjennomføre anskaffelsen, eller at det er nødvendig å anvende spesifikk «*know how*», spesifikke verktøy eller midler, som kun en bestemt leverandør har til sin rådighet. Videre presiseres det at tekniske årsaker «*kan også findes i krav om specifik interoperabilitet, der skal opfyldes for at sikre funktionsdygtigheden af de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, som skal inkøbes*».

- (26) For at unntaksbestemmelsen skal få anvendelse, kreves det altså at oppdragsgiver foretar seg noe positivt for å verifisere om det finnes et marked for anskaffelsen. Det er ikke tilstrekkelig å hevde at det kun finnes en leverandør, jf. sak C-275/08 *Kommisjonen v. Tyskland*, avsnitt 61-63. Det er heller ikke tilstrekkelig at den valgte leverandøren har særlig gode forutsetninger for å løse det aktuelle oppdraget, jf. Underrettens avgjørelse i sak T-54/11, avsnitt 53 og 54. I klagenemndas avgjørelse i sak 2016/145, avsnitt 16, bemerket klagenemnda at teknisk ekspertise er i stadig utvikling, noe som skjerper terskelen for å sannsynliggjøre at det ikke eksisterer andre leverandører som kan eller vil kunne bli i stand til å levere ytelsen oppdragsgiver har behov for innenfor den tidsrammen som er til rådighet.
- (27) Klagenemnda skal etter dette vurdere om innklagede i tilstrekkelig grad har godtgjort at enerettsunntaket får anvendelse på de to anskaffelsene. Nemnda bemerker innledningsvis at interne kostnader hos oppdragsgiver forbundet med konkurranseutsetting og gjennomføring av anskaffelsene ikke kan vektlegges i seg selv, så lenge det ikke er dokumentert at det bare er en bestemt leverandør som kan levere ytelsen fordi konkurranse er umulig av tekniske årsaker.
- (28) I forkant av kontraktsinngåelsene, gjennomførte innklagede dialogmøter med de to eksisterende leverandørene, for å avdekke hvordan disse leverandørene kunne løse innklagedes behov for ett enhetlig driftssystem, og hva som kunne tilbys. Innklagede har forklart at det i dialogmøtene fremkom at valgte leverandør presenterte et komplett løsningsforslag med utgangspunkt i eksisterende leveranser. Videre er det forklart at klager kunne bygge et nytt system tilpasset den nye kommunen. Dette ville kreve oppbemanning hos klager, og det ble ikke gitt noe anslag på hvor lang tid oppbemanningen og bygging av nytt system ville ta.
- (29) Klager har på sin side forklart at det ble kommunisert på dialogmøtet at det var fullt mulig for andre leverandører å slå sammen og oppgradere kommunens eksisterende driftskontrollanlegg. Klager har også forklart at det ble informert om at klager ville øke staben dersom klager ble tildelt oppdraget. Dette innebar ifølge klager å kunne gjennomføre prosjektet innen rimelig tid, og var ikke begrunnet i mangel på kompetanse.
- (30) Etter å ha mottatt og gjennomgått innklagedes merknader til forhåndsvarselet, er nemnda i denne saken kommet til at det ikke foreligger grunnlag for å ilegge gebyr.
- (31) Gjennom innklagedes merknader er det overfor nemnda tilstrekkelig godtgjort at andre leverandører ikke uten videre ville kunne slå sammen og oppgradere kommunens eksisterende driftskontrollanlegg, slik klager har anført. Begge leverandørenes system bygger på driftskontrollplattformen *Citect SCADA*, men denne plattformen gjør ikke mer enn å legge til rette for at et driftskontrollsystem for vann og avløp kunne utvikles. Etter det opplyste har valgte leverandørs system vært utviklet siden midten av 1990-tallet. Sett hen til at driftskontrollsystemet er utviklet over lang tid, anser nemnda det som praktisk

umulig å utvikle et nytt system innen den tidshorisonen innklagede har, og med den risikoen som er forbundet med å bytte ut systemet av samfunnskritisk betydning.

- (32) Andre leverandører er dessuten avskåret fra å overta drift og videreutvikling av systemet uten å installere egen utviklet programvare og eventuelt fysisk infrastruktur, idet valgte leverandørs applikasjon og kildekode er beskyttet av opphavsrett, jf. lov om opphavsrett til åndsverk av 15. juni 2018 nr. 40 (åndsverkloven), § 2 andre ledd bokstav i. Noen avtale om overdragelse av opphavsretten fra valgte leverandør til innklagede er verken fremlagt eller anført.
- (33) Med dette som bakgrunn, har innklagede vist til at det kun vil være valgte leverandør som kunne inngi et konkurransedyktig tilbud. Samtlige andre leverandører i en eventuell konkurranse måtte prise inn kostnader ved utskiftning, implementering og eventuelt utvikling av sitt eget system. Til dette bemerker også nemnda at undersøkelsesplikten unntaksbestemmelsen pålegger oppdragsgivere, må tilpasses den enkelte anskaffelse og den kunnskap oppdragsgiver allerede har. Slik saken er opplyst for nemnda, har innklagede undersøkt, og raskt avdekket, at tilbud fra andre leverandører ville innebære en utskiftning av store deler av systemet, med tilhørende økte kostnader.
- (34) Klagenemnda finner det imidlertid klart at innklagede i større grad burde ha dokumentert de løpende vurderingene i anskaffelsen av hensyn til prinsippet om etterprøvbarehet, blant annet ved å ha ført referat fra møtene med klager og valgte leverandør.
- (35) På denne bakgrunn finner klagenemnda at det i denne saken er godtgjort at konkurranse var *«umulig av tekniske årsaker»*, at det ikke forelå *«rimelige alternativer»*, og at den manglende konkurransen ikke skyldes at innklagede *«har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør»* for kontrakten om oppgradering og sammenslåing av driftskontrollsystemet. Nemnda finner det også godtgjort at det kun er valgte leverandør som kan gjennomføre service- og vedlikeholdsavtalen av eget system.
- (36) Vilkårene i § 13-4 bokstav b nr. 2 er oppfylt. Innklagede hadde hjemmel til å gjennomføre anskaffelsen uten kunngjøring.
- (37) Klagenemnda bemerker avslutningsvis at § 13-4 bokstav b nr. 2 kun gir hjemmel til å gjennomføre en anskaffelse uten kunngjøring. Øvrige deler av regelverket må følges, som for eksempel utarbeidelse av anskaffelsesprotokoll jf. § 25-5, og kunngjøring av kontraktsinngåelsen, jf. § 21-6. Det er ikke opplyst for klagenemnda om kontraktsinngåelsen ble kunngjort. Nemnda finner imidlertid ikke grunnlag for å gå videre inn på dette, da dette ikke er anført i klagen.

Konklusjon:

Indre Østfold kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arnt Skjefstad

Dokumentet er godkjent elektronisk