



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse om inngåelse av rammeavtale om elektronisk forbruksmateriell, men samtlige tilbud ble avvist. Innklagede sluttet seg derfor til en rammeavtale som var inngått av en privat stiftelse. Klagenemnda konstaterte at dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 3 800 000 kroner, tilsvarende ti prosent av anskaffelsens opplyste verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 20. februar 2019 i sak 2018/24

Klager: Solar Norge AS

Innklaget: Bane NOR SF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Finn Arnesen og Halvard Haukeland Fredriksen

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og varsel om ileggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Solar Norge AS (heretter klager) mottatt 23. januar 2018, sak 2018/24. Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk forbruksmateriell.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 3 800 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Saken gjelder innklagedes tilslutning til stiftelsen Tradebrokers (heretter Tradebroker) rammeavtale om elektronisk forbruksmateriell. Foranledningen var at samtlige tilbydere i en konkurranse gjennomført av innklagede ble avvist.
- (4) Medlemmene i Tradebroker er i all hovedsak private aktører, men noen av de er offentlige organ eller selskap som følger forsyningsforskriften. Tradebrokers rammeavtale ble kunngjort den 28. februar 2017.
- (5) I konkurransegrunnlaget for Tradebrokers rammeavtale var det oppgitt at tidligere kjøpsvolum var på ca. 110 millioner kroner i 2016. Det ble opplyst hvilke av medlemsbedriftene som var underlagt anskaffelsesregelverket, og andre aktører som hadde meldt deltakelse i tilknytning til denne konkurransen var navngitt.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (6) Innklagede var ikke på dette tidspunktet medlem i Tradebroker, og deres navn var dermed ikke nevnt. Det fremgikk imidlertid følgende av konkurransegrunnlaget:

«Alle bedrifter som tiltrer som medlemmer i Tradebroker i avtaleperioden skal ha rett til å benytte avtalen på like vilkår, men med mulighet for å begrense innsyn (konkurrerende virksomheter)».

- (7) Under «Leveransens omfang» ble omsetningen for de medlemsbedrifter som er underlagt lov om offentlig anskaffelser og forsyningsforskriften nevnt. Dette var Avinor AS, NSB AS, Posten Norge AS og Statnett SF. Det ble så angitt hvilke andre medlemmer som hadde meldt deltakelse i konkurransen. Under dette fremgikk det følgende:

«I løpet av avtaleperioden, kan det forekomme inn og utmeldinger av medlemmer. Avtale kan gjøres tilgjengelig for de av våre medlemsbedrifter som ikke var påmeldt før forespørselen ble kunngjort. Utmeldte medlemmer skal miste våre betingelser. Valgt leverandører skal ta hensyn til dette.»

- (8) Valgte leverandør ble Elektroskandia AS (heretter Elektroskandia).

- (9) Innklagedes konkurranse ble gjennomført ved at innklagede den 2. mai 2017 inviterte leverandører registrert i kvalifikasjonsordningen TransQ til å levere tilbud på anskaffelse av elektronisk forbruksmateriell. Som nevnt ble samtlige tilbydere avvist, og konkurransen ble derfor avlyst. Innklagede har opplyst at det i etterkant av denne konkurransen, ble ansett nødvendig å foreta en gjennomgang av konkurransegrunnlaget og strategien bak anskaffelsen for å unngå en ny mislykket konkurranse. Det ble klart at det på grunn av en slik gjennomgang ikke ville komme på plass en ny avtale før den gjeldende avtalen løp ut.

- (10) Innklagede har opplyst at det på denne bakgrunn var nødvendig å finne en annen løsning for å dekke behovet for elektrisk materiell inntil en ny avtale kom på plass.

- (11) Sommeren 2017 besluttet innklagede å bli medlem i Tradebroker. Ettersom Tradebroker nylig hadde inngått ny rammeavtale med Elektroskandia for blant annet innkjøp av elektromateriell, besluttet innklagede å dekke behovet for elektrisk forbruksmateriell gjennom sitt medlemskap i Tradebroker.

- (12) I forbindelse med at spørsmålet om tiltredelse av rammeavtalen via Tradbroker ble vurdert, har innklagede opplyst at det ble tatt kontakt med Nærings- og fiskeridepartementet per telefon for å avklare om det var adgang til dette. Innklagede skal da ha fått bekreftet at dette var mulig ettersom det forelå en mislykket konkurranse. På bakgrunn av dette, sammenholdt med formuleringen i konkurransegrunnlaget om at nye medlemmer kunne tiltre rammeavtalen Tradebroker ville inngå, valgte innklagede å benytte denne avtalen for å dekke behovet for elektronisk forbruksmateriell.

- (13) Innklagede har opplyst at man har foretatt avrop gjennom avtalen fra 1. november 2017, og at avtalen med Tradebrokers vil benyttes til en ny avtale kommer på plass.

- (14) Innklagede har videre opplyst at det innen utgangen av februar 2019, hvor en avtale basert på en kunngjort konkurranse forventes å være på plass, vil være fakturert for ca. 38 000 000 kroner i medhold av den påklagde avtalen.

- (15) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble holdt 14. januar 2018.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Innklagedes tilknytning til avtalen med valgte leverandør representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Angivelsen av at alle bedrifter som tiltrer som medlemmer i Tradebroker i avtaleperioden skal ha rett til å benytte avtalen på like vilkår, er ikke presis nok til at det gir innklagede mulighet til å slutte seg til avtalen etter konkurranseutsettingen.
- (17) For å kunne kjøpe varer og tjenester gjennom de avtaler som Tradebroker har inngått på vegne av sine medlemmer, er det en forutsetning at innklagede var identifisert i kunngjøringen og dermed hadde fått konkurranseutsatt sitt behov. Dette blir tilsvarende som bruk av en innkjøpssentral etter forsyningsforskriften § 7-7 (1) bokstav b. Ettersom innklagede ikke var nevnt i kunngjøringen, utgjør innklagedes tilslutning til Tradebrokers rammeavtale en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (18) Det er ikke grunnlag for å konstatere at det foreligger en ulovlig offentlig direkte anskaffelse som kan medføre ileggelse av overtredelsesgebyr.
- (19) Tilgang til elektronisk forbruksmateriell er helt nødvendig for innklagede, og etter den mislykkede konkurransen var det nødvendig å finne ut hvordan behovet skulle dekkes inntil en ny avtale kom på plass. Innklagede ble medlem i Tradebroker sommeren 2017 og Tradebroker hadde da nylig inngått avtale med Elektroskandia om levering av elektrotjenester. Tradebroker hadde fulgt regelverket for offentlige anskaffelser, og ved at Tradebroker i konkurransegrunnlaget hadde tatt høyde for at også nye medlemmer kunne tiltre avtalen, kunne innklagede lovlig tiltre avtalen mellom Tradebroker og Elektroskandia for å dekke behovet for elektronisk forbruksmateriell.
- (20) Tradebrokers avtale skulle benyttes frem til annet ble bestemt, og det har aldri vært uttalt eller lagt til grunn at avtalen skulle benyttes ut hele avtaleperioden. Innklagede har sett det som mest ryddig og hensiktsmessig å foreta avrop på en avtale som har vært konkurranseutsatt og fremforhandlet av andre, fremfor å gå i direkte forhandlinger.
- (21) Subsidiært anføres at skyldkravet ikke er oppfylt. Forut for avgjørelsen om å tiltre avtalen kontaktet innklagede departementet for å få avklart om det var lovlig å inngå avtalen da det hadde vært en mislykket konkurranse i forkant, hvilket innklagede fikk bekreftet. Innklagede var således av den oppfatning at det å tiltre avtalen ikke var i strid med regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved tilslutning til avtale om levering av elektrisk forbruksmateriell. Etter klagenemndsforordningen § 13a er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (23) Av samme bestemmelse fremgår det videre at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes overfor klagenemnda inntil to år etter kontrakt er inngått. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 23. januar 2018. Selv om det ikke er helt klart hvilket tidspunkt avtale ble inngått, er det ikke tvilsomt at klagen er rettidig fremsatt.

- (24) Siden 1. januar 2017 har klagenemnda hatt myndighet til å ilegge offentlige oppdragsgivere overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig offentlig anskaffelse

- (25) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som er foretatt uten forutgående kunngjøring, selv om det foreligger kunngjøringsplikt, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2017/33 premiss (17).
- (26) Innklagede er en statlig myndighet som utfører transportaktiviteter som definert i forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 (forsyningsforskriften) § 1-6, jf. § 1-1 bokstav d. I tillegg til anskaffelsesloven følger anskaffelsen dermed forsyningsforskriften.
- (27) Klagers anførsler retter seg mot innklagedes tilslutning til Tradebrokers avtale med Elektroskandia, herunder om innklagede hadde adgang til å unnlate kunngjøring.
- (28) Innklagede har opplyst at det innen utgangen av februar 2019, hvor en avtale basert på en kunngjort konkurranse forventes å være på plass, vil være fakturert for ca. 38 000 000 kroner i medhold av den påklagde avtalen. Det legges til grunn at beløpet er oppgitt eksklusiv merverdiavgift.
- (29) Verdien overstiger terskelverdiene for kunngjøringsplikt, jf. forsyningsforskriften § 5-1, jf. § 5-2 (1) bokstav a.
- (30) Innklagedes tilslutning til rammeavtalen med valgte leverandør utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse dersom det ikke foreligger grunnlag for å unnlate kunngjøring.
- (31) I forsyningsforskriften § 7-7 (1) bokstav b fremgår det at en oppdragsgiver kan anskaffe varer gjennom innkjøpssentraler ved å bruke kontrakter og rammeavtaler som er etablert av en innkjøpssentral. Etter bestemmelsen (2) vil oppdragsgiver da kunne anses for å ha overholdt forskriften selv om oppdragsgiver ikke har kunngjort anskaffelsen. Forutsetningen er imidlertid at oppdragsgiver må ha vært «*identifisert i kunngjøringen*», jf. forsyningsforskriften § 7-7 (1) bokstav b siste punktum.
- (32) Som grunnlag for at kontrakten ikke ble kunngjort, har innklagede vist til formuleringene i Tradebrokers kunngjorte konkurranse om mulig tilslutning av ytterligere virksomheter.
- (33) I Tradebrokers kunngjorte konkurranse om anskaffelse av elektrisk forbruksmateriell av 28. februar 2017, fremgikk det blant annet at «*[a]vtale kan gjøres tilgjengelig for de av våre medlemsbedrifter som ikke var påmeldt før forespørselen ble kunngjort*».
- (34) Innklagedes anførsel om at man ut fra dette lovlig kunne tilslutte seg rammeavtalen, bygger på at konkurransegrunnlaget ved dette åpnet for at enhver privat bedrift og offentlig oppdragsgiver skulle kunne knytte seg til avtalen, hvor eneste forutsetning er at organisasjonen blir medlem av Tradebrokers. Det er åpenbart at dette ikke gir et lovlig grunnlag for å unnlate kunngjøring, se til sammenligning EU-domstolens avgjørelse i sak C-216/17, og klagenemndas avgjørelser i sak 2015/65 og sak 2012/195.
- (35) Innklagede har fremhevet at det var et reelt behov for å finne en løsning for å dekke nødvendig behov for innkjøp av elektronisk forbruksmateriell.

- (36) Dersom en konkurranse blir avlyst som følge av forhold ved tilbudene, er det flere bestemmelser som vil kunne gi grunnlag for å foreta kjøp uten å kunngjøre kjøpene på forhånd. Under forutsetning av at kravspesifikasjonene og kontraktsvilkårene ikke endres vesentlig, vil forsyningsforskriften § 9-2 bokstav a kunne være anvendelig. Videre gir forsyningsforskriften § 9-2 bokstav d mulighet for å inngå kontrakt av et omfang som «*ikke [skal] være større enn strengt nødvendig*», dersom «*[d]et er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, en begrenset anbudskonkurranse eller en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse.*»
- (37) Det er mulig å se for seg at det var «*strengt nødvendig*» å foreta enkelte av de avrop innklagede foretok den første tiden etter at konkurransen ble avlyst. Innklagede har imidlertid foretatt avrop på rammeavtalen i mer enn ett år. Det er vanskelig å se at det har vært «*umulig*» å få plass en kunngjort kontrakt for det elektroniske forbruksmateriellet tidligere. At innklagede så det slik at det var behov for å gjøre en gjennomgang av anskaffelsesstrategien, og anså det mest ryddig og hensiktsmessig å foreta avrop på en avtale som har vært konkurranseutsatt og fremforhandlet av andre, er i denne forbindelse ikke tilstrekkelig som grunnlag for å unnlate kunngjøring. Innklagede ble derfor i forhåndsvarselet oppfordret til å redegjøre for eventuelle kjøp som innklagede mener kan begrunnes i denne unntaksbestemmelsen.
- (38) Som svar på denne oppfordringen har innklagede fremholdt at det bør legges til grunn at minst 2 millioner kroner for hver av de første tre månedene etter at innklagede sluttet seg til rammeavtalen utgjør strengt nødvendige kjøp.
- (39) Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for dette. I tillegg til vilkåret om at kontraktens omfang ikke skal være større enn strengt nødvendig, er det flere vilkår i bestemmelsen. Det er avvikene i tilbudene og den avlysningen av konkurransen dette ledet til, som eventuelt kan utgjøre et forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse. De første avropene skjedde imidlertid ikke før ca. fem måneder etter konkurransen ble avlyst. Nemnda kan vanskelig se at det var «*umulig å overholde fristene for*» en kunngjort konkurranse i løpet av denne perioden.
- (40) Klagenemnda kan heller ikke se at øvrige unntaksbestemmelser i forsyningsforskriften kommer til anvendelse i denne saken, og finner således at innklagedes tiltredelse til Tradebrokers avtale med Elektroskandia utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (41) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda skal ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*». Av annet punktum fremgår det at klagenemnda «*kan*» ilegge gebyr dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på denne vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (42) For det nærmere innholdet i disse bestemmelsene viser til nemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147 premiss (55) flg.
- (43) I foreliggende sak kan nemnda ikke se at det fremstår tvilsomt at innklagedes tilslutning til rammeavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. I forhåndsvarselet fremholdt derfor nemnda at det slik saken var opplyst er vanskelig å se at det kan være grunnlag for å

karakterisere innklagedes rettsvillfarelse som unnskyldelig som følge av at innklagede tok kontakt med Nærings- og fiskeridepartementet på telefon for å avklare om man hadde lovlig adgang til å unnlate kunngjøring. Det var mer nærliggende å karakterisere rettsvillfarelsen som grovt uaktsom.

- (44) Nemnda kan ikke se at innklagedes helt kortfattede svar på forhåndsvarselet gir grunnlag for å konkludere annerledes på dette punkt. For øvrig vil det uansett være tale om en uaktsom rettsvillfarelse, hvor så vel bruddets grovhet, innklagedes profesjonalitet, størrelsen på anskaffelsen og preventive hensyn tilsier at det er riktig å reagere med et overtredelsesgebyr, se til sammenligning klagenemndas gebyrvedtak i 2017/147.
- (45) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede skal ilegges et overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

Gebyrets størrelse

- (46) Innklagede har fra 1. november 2017 foretatt avrop på Tradebrokers avtale med Elektroskandia. Klagenemnda legger til grunn at avtaleforholdet vil opphøre innen utløpet av februar 2019. Innklagede har opplyst at det forventes at innklagede på dette tidspunktet vil være fakturert for ca. 38 000 000 kroner i medhold av den påklagde avtalen.
- (47) Etter dette legger nemnda til grunn at gebyrgrunnlaget utgjør 38 millioner.
- (48) Ved utmålingen av gebyret skal det særlig legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. loven § 12 tredje ledd annen setning.
- (49) Når det gjelder gebyrets størrelse, vises det til de vurderinger som er gjort ovenfor om skyldkravet. Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser, og det er ikke tvilsomt at tilslutningen til rammeavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det er skjerpene at det foreligger en klar overtredelse og gjelder innkjøp av store verdier. Det er i formildende retning lagt en viss vekt på at foranledningen for overtredelsen var at innklagede måtte avlyse en konkurranse, og at rammeavtalen innklagede sluttet seg til har vært gjenstand for konkurranse.
- (50) I vurderingen av gebyrets størrelse har nemnda i denne saken sett hen til tidligere praksis. Denne viser at nemnda normalt har ilagt gebyrer på 10 prosent for ulovlige direkte anskaffelser hvor det ikke foreligger noen spesielle skjerpene eller formildende omstendigheter, slik som i foreliggende sak.
- (51) Klagenemnda fastsetter på denne bakgrunn gebyrets størrelse ut fra en gebyrsats på 10 % i denne saken. Klagenemnda ilegges derfor innklagede et gebyr som settes til 3,8 millioner kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Bane NOR SF ilegges et overtredelsesgebyr på 3 800 000 – tremillioneråttehundretusen – kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtaks dato.

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk