



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Hasteanskaffelse.

I månedsskiftet mars/april 2020 ble innklagede bedt om å bistå med nødføring av reinsdyr på Finnmarksvidda grunnet store snømengder. Nødføringen ble gjennomført gjennom avrop på en eksisterende rammeavtale om sivil helikopterstøtte til Forsvarets operasjoner. Klager anførte at avropene skulle ha vært kunngjort, og at de dermed utgjorde ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda fant at forskriften § 13-3 ga hjemmel for å unnlate kunngjøring. Nemnda fant imidlertid at innklagede hadde brutt forskriften § 13-4 bokstav a) ved ikke å gjennomføre noen form for konkurranse for de to siste av totalt fire flygninger. Dissens.

Klagenemndas avgjørelse 13. oktober 2020 i sak 2020/388

Klager: Heli Team AS

Innklaget: Forsvarets logistikkorganisasjon FLO

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Halvard Haukeland Fredriksen

Bakgrunn:

- (1) Forsvarets logistikkorganisasjon (heretter *innklagede*) gjennomførte i august 2018 en anskaffelse av rammeavtaler om helikoptertjenester til Forsvaret. Anskaffelsen ble gjennomført etter anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF), jf. EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c), anskaffelsesloven § 2 andre ledd, og anskaffelsesforskriften § 2-2 (1) bokstav a). Rammeavtalene skulle ha en varighet på fire år, med opsjon på forlengelse i ytterligere tre år.
- (2) Innklagede ville dekke sitt behov ved å inngå tre rammeavtaler fordelt på følgende geografiske områder: Nord-Norge (område 1), Midt-Norge (område 2) og Sør-Norge (område 3). Anskaffelsens verdi ble estimert til 35 millioner kroner per område, totalt 105 millioner kroner.
- (3) Det fulgte av anskaffelsesprotokollen at helikoptertjenestene skulle «*understøtte Forsvarets aktiviteter på norsk territorium*» og være «*en logistikkressurs for å øke FLOs evne og mulighet til etterforsyning og evakuering av syke og sårede (CASEVAC) [...]*». I rammeavtalen for område 1 (Nord-Norge), som denne saken gjelder, fremgikk det videre at helikoptrene hovedsakelig skulle benyttes i følgende to roller:
 1. «*Logistisk understøttelse av operasjoner (forflytning av personell, materiell og forsyninger)*»
 2. «*Evakuering av sårede og syke og mindre kritisk sårede (CASEVAC – non-medical Casualty Evacuation, se vedlegg A-2)*»

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

- (4) I avtalens «Vedlegg A-2» punkt 1.1 («Hovedleveranse») var oppdraget nærmere beskrevet slik:

«Hovedleveransene under rammeavtalen skal:

1. *Øke FLOs evne til å etterforsyne de operative avdelingene ved å etablere mulighet for etterforsyning gjennom lufta. Helikoptrene skal ha evne til å forflytte personell og etterforsyne med alle klasser herunder:*

a. Proviant

b. Reservedeler

c. Drivstoff

d. Materiell

e. Ammunisjon

2. *Øke evnen til hurtig transport av pasienter. Primært stabiliserte sittende og liggende pasienter fra Forsvarets sanitetsinstallasjoner til sivile sykehus. [...]».*

- (5) Tilbud i konkurransen ble mottatt fra Airlift AS, Nord Helikopter AS og Bristow Norway AS.

- (6) Kontrakt for samtlige områder (Nord-, Sør-, og Midt-Norge) ble tildelt Airlift AS (heretter *valgte leverandør*). Kontraktene ble inngått 27. september 2018.

- (7) I månedsskiftet mars/april 2020 oppstod det behov for nødføring av reinsdyr på Finnmarksvidda grunnet store snømengder, som gjorde store beiteområder utilgjengelig for dyrene. Innklagede mottok e-post 31. mars 2020 kl. 10:10 fra Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (DSB) med en anmodning fra Fylkesmannen i Troms og Finnmark om å bistå med å frakte fôr til reinsdyrene. Innklagede valgte å benytte den ovennevnte rammeavtalen på helikoptertjenester for Nord-Norge med valgte leverandør for å utføre dette oppdraget.

- (8) Etter det opplyste ble det i løpet av april og mai 2020 foretatt fire avrop på rammeavtalen med flygninger av fôr til Finnmarksvidda:

«Avrop 3. april 2020: 313 sekker fôr til en samlet kostnad på MNOK 4,4 ekskl. mva.

Avrop 10. april 2020: 264 sekker fôr til en samlet kostnad på MNOK 3,2 ekskl. mva.

Avrop 30. april 2020: 221 sekker fôr til en samlet kostnad på MNOK 2 ekskl. mva.

Avrop 19. mai 2020: 300 sekker fôr til en samlet kostnad på MNOK 3,3 ekskl. mva.»

- (9) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av Heli Team AS (heretter *klager*) den 13. mai 2020.

- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. september 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Rammeavtalen innklagede har foretatt avrop på omfatter ikke et slikt rent sivilt oppdrag som nødføring av reinsdyr. Kjøpene skulle ha vært kunngjort og er derfor ulovlige direkte anskaffelser.
- (12) Dersom kjøpet av helikoptertjenestene til nødføringen ikke var kunngjøringspliktige, har innklagede uansett brutt regelverket ved ikke å innhente tilbud fra andre aktuelle leverandører.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Det bestrides at innklagedes kjøp av helikoptertjenester i forbindelse med nødføring av reinsdyr utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Føringoppdragene er av sivil karakter, men anskaffelsesforskriften § 13-3 ga grunnlag for ikke å kunngjøre anskaffelsen.
- (14) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved ikke å innhente tilbud fra andre aktuelle leverandører. Forskriften § 13-4 ga grunnlag for å gjennomføre anskaffelsen uten konkurranse.

Klagenemndas vurdering:

- (15) 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 § 13a første ledd. Påstanden om ulovlig direkte anskaffelse, er rettidig fremsatt, jf. klagenemndsforskriften § 13a andre ledd. Saken gjelder også påstand om andre brudd på anskaffelsesregelverket. Klager leverer helikoptertjenester i det aktuelle området, og har saklig interesse i å få prøvd disse anførselene, jf. klagenemndsforskriften § 6. Anførselene er rettidig fremsatt.
- (16) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som er foretatt uten forutgående kunngjøring, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt, se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser § 12 i Prop.51 L (2015-2016). Det følger av dette at en anskaffelse ikke kan anses som en ulovlig direkte anskaffelse i regelverkets forstand med mindre den er kunngjøringspliktig.
- (17) Klager anfører at den rammeavtalen som innklagede foretok avrop på, ikke omfatter nødføring av reinsdyr, som er et rent sivilt oppdrag.
- (18) Innklagede mottok i månedsskiftet mars/april 2020 Fylkesmannens anmodning om å bistå med nødføring av reinsdyr på Finnmarksvidda. Innklagede valgte å frakte fôr til reinsdyrene ved å foreta avrop på rammeavtalen for Nord-Norge. Det første føringoppdraget ble gjennomført 3. april 2020.
- (19) Det er etter klagenemndas oppfatning ikke tvilsomt at avtalen av 27. september 2018 ikke ga hjemmel for å utføre de aktuelle avropene om nødføring av reinsdyr. Nemnda bemerker at heller ikke innklagede synes å mene det.
- (20) Anskaffelsen har etter det opplyste en samlet verdi på 12,9 millioner kroner. Den skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort i henhold til reglene i forskriften del III §§ 21-1

og 21-2, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3. Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.

- (21) Det følger av § 13-4 bokstav a) at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom «*det er umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3*».
- (22) Det følger av § 13-3 bokstav e) at oppdragsgiveren kan gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, dersom det er «*umulig*» å overholde fristene for de alminnelige prosedyrene «*som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse*». Kontraktens omfang skal i tilfelle ikke være større enn «*strengt nødvendig*».
- (23) Unntaket skal forstås restriktivt. Om det nærmere innholdet og forståelsen av bestemmelsen, viser klagenemnda i denne saken til nemndas avgjørelse i sak 2018/556, avsnitt 8 til 11 med videre henvisninger.
- (24) Vår sak gjelder anskaffelse av helikoptertjenester for å utføre nødføring av reinsdyr på Finnmarksvidda. Forsvaret skal først og fremst prioritere sine militære primær oppgaver, men skal også kunne bistå ved sivil krisehåndtering avhengig av den faktiske situasjonen og sivile myndigheters behov. Ved siden av politiet og Fylkesmannen, er Forsvaret en viktig aktør i det lokale og regionale sivil-militære samarbeidet, eksempelvis ved flom og andre naturhendelser.¹
- (25) Innklagede har forklart at behovet for å frakte fôr til reinsdyrene på Finnmarksvidda oppstod som en konsekvens av at snømengdene utover våren 2020 var unormalt store.² Grunnet uteblivende snøsmelting, ble det ifølge innklagede i månedsskiftet mars/april 2020 klart at situasjonen var kritisk for reinsdyrene. Innklagede ble på denne bakgrunn anmodet av Fylkesmannen i Troms og Finnmark den 31. mars 2020 om å bistå.
- (26) Innklagede gjennomførte første fôringsoppdrag 3. april 2020 ved å benytte den eksisterende rammeavtalen om helikoptertjenester for Nord-Norge. Det siste avropet ble etter det opplyste utført 19. mai 2020. Innklagede har forklart at det var en uoversiktlig situasjon, hvor det løpende måtte treffes beslutninger for å sikre at så mange som mulig av reinsdyrene på Finnmarksvidda skulle overleve vinteren.
- (27) Med dette som bakgrunn, anser klagenemnda det klart at den unormalt store snømengden, kombinert med sen snøsmelting på Finnmarksvidda er «*forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse*», jf. forskriften § 13-3 bokstav e).
- (28) Det er videre ikke tvilsomt at det var disse værforholdene som skapte behovet for nødføring av reinsdyrene.

¹ Jf. "Støtte og samarbeid", Justis- og beredskapsdepartementet 2018, punkt 5.4 og 5.7

² Flere nyhetsartikler fra NRKs nettside viser også dette, <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/enorme-snomengder-reindrifta-frykter-tidens-beitekrise-i-finnmark-1.14894280>, https://www.nrk.no/sapmi/naermere_200.000-rein-trues-av-sultedod-1.14950294, <https://www.nrk.no/nordland/mye-sno-is-samt-korona-forer-til-krise-for-reineiere-og-reinsdyr-1.14957101>

- (29) Spørsmålet er om det under de nevnte omstendighetene var «umulig» å overholde fristene for de alminnelige prosedyrene.
- (30) Etter forskriften § 20-2 første ledd skal fristen for mottak av tilbud i en åpen anbudskonkurranse være minst 30 dager regnet fra kunngjøring. Oppdragsgiveren kan på visse betingelser forkorte denne fristen til 15 dager, jf. § 20-2 andre ledd. I tillegg kommer en karenperiode på 10 dager, jf. forskriften § 25-2 første ledd.
- (31) Med den forkortede tilbudsfristen på 15 dager og en karenperiode på 10 dager, ville gjennomføring av en åpen tilbudskonkurranse innebære en periode på minimum 25 dager fra kunngjøring til kontraktsinngåelse. I en situasjon med akutt matmangel grunnet store snømengder ville dette ikke være noe alternativ.
- (32) Slik klagenemnda ser det, var det derfor «umulig» å overholde fristene for de alminnelige prosedyrene i forskriften del III.
- (33) Innklagede hadde dermed hjemmel i forskriften § 13-3 bokstav e) til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse kan derfor ikke føre frem.
- (34) Etter forskriften § 13-4 bokstav a) skal imidlertid oppdragsgiver – også i de tilfellene hvor anskaffelsen lovlig kan unntas kunngjøring i medhold av § 13-3 – tilstrebe å gjennomføre en konkurranse. Bare dersom det er «umulig» kan oppdragsgiver helt unnlate å gjennomføre en konkurranse om den aktuelle hasteanskaffelsen.
- (35) Innklagede mottok e-post 31. mars 2020 kl. 10:10 fra Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (DSB) med Fylkesmannens anmodning om bistand til nødføring. Av Fylkesmannens anmodning fremgikk det blant annet at:
- «[...] Forbeholdet til en rein er beregnet til ca 1 kg kraftfor per døgn, dyrene behøver dermed 20 000 kg for i døgnet. De neste 15 dagene vil dyrene behøve ca 300 000 kg for for å overleve.*
- Det forventes at de har behov for fullføring ut april dersom ikke snølagene smelter. De neste 30 dagene må det derfor fraktes ut totalt 600 000 kg for til disse reinflokkene.*
- [...]*
- Per 27.3 har siidaene på lager 251 700 kg for som skal fraktes ut til flokkene, og vi ber om forsvarets bistand til å transportere dette før påske. Dette foret vil rekke til ca. 2 uker.*
- Dersom ikke beiteforholdene bedres er det behov for å transportere nye 300 000 kg etter påske slik at dyrene har tilgang til mat ut april [...]*».
- (36) Avrop på rammeavtalen med valgte leverandør, ble gjennomført 3. april, 10. april, 30. april og 19. mai 2020.
- (37) Slik Fylkesmannens anmodning var utformet, kan det stilles spørsmål ved om disse fire fôringsoppdragene skal anses som én sammenhengende anskaffelse. I vurderingen av dette spørsmålet, har klagenemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

- (38) *Klagenemndas flertall*, nemndsmedlemmene *Berg og Fredriksen*, har kommet til at de fire fôringsoppdragene ikke kan anses som én sammenhengende anskaffelse, og vil særlig bemerke:
- (39) Slik flertallet forstår forskriften § 13-4 bokstav a), kreves det at oppdragsgiver fortløpende vurderer muligheten for å gjennomføre konkurranser. Det ville samsvare dårlig med denne forståelsen av bestemmelsen, og den generelt høye terskelen for å anvende unntaket i § 13-4 bokstav a), om oppdrag som de foreliggende uten videre skulle ses i sammenheng.
- (40) De to første oppdragene ble utført allerede 3 og 10 dager etter mottak av Fylkesmannens anmodning. I mellomtiden var reinsdyrene uten tilgang på mat; det var ingen andre som fløy inn fôr til dem i den samme perioden. I lys av at innklagede her var i en situasjon hvor hvert minutt talte, og tatt i betraktning den tiden det tar å klargjøre en flygning, var det etter flertallets vurdering «umulig» å gjennomføre en konkurranse om disse to første flygningene, jf. forskriften § 13-4 bokstav a).
- (41) Når det gjelder de to siste flygningene, som ble gjennomført 30. april og 19. mai 2020, stiller dette seg etter flertallets syn annerledes.
- (42) Oppdragene ble gjennomført henholdsvis 30 og 49 dager etter at innklagede mottok anmodningen om bistand fra Fylkesmannen. På denne tiden må det ha fremstått som fullt mulig å innhente tilbud fra andre leverandører på kjøp av helikoptertjenester, og eventuelt forhandle ned prisen i avtalen med valgte leverandør.
- (43) Innklagede har forklart at prisene valgte leverandør innga for prispostene i rammeavtalen, var direkte anvendelige for oppdragene knyttet til nødfôringen. Nødfôringsoppdragene tilsvarer videre oppdrag om transport av militært materiell, med tanke på leverandørens rolle og transport med underhengende last. Etter innklagedes oppfatning, var det derfor ikke grunnlag for å anta at leverandørene ville ha prissatt tjenesten knyttet til nødfôring på en annen måte. Innklagede gjør også gjeldende at man – på grunn av rammeavtalens omfang – har fått bedre priser enn dersom oppdragene om nødfôring hadde blitt konkurranseutsatt som enkeltoppdrag.
- (44) Klagenemndas flertall kan ikke se at innklagede her har pekt på forhold som viser at det var «umulig» å gjennomføre en konkurranse, jf. forskriften § 13-4 bokstav a).
- (45) Innklagede har følgelig brutt regelverket ved ikke å gjennomføre en konkurranse for flygningene utført 30. april og 19. mai 2020.
- (46) *Klagenemndas mindretall*, nemndsmedlem *Fløistad*, er kommet til et annet resultat enn flertallet, og vil særlig bemerke:
- (47) Mindretallet ser det slik at det er den samme hendelsen, nemlig manglende snøsmelting, som utløste behovet for nødfôringen for alle fire flygningene. Årsaken til at de to siste flygningene (30. april og 19. mai 2020) ikke ble konkurranseutsatt, er at innklagede ikke visste om det ville bli behov for dem. Med dette som utgangspunkt kan ikke antallet dager fra Fylkesmannens anmodning til flygningene ble utført, være avgjørende. Da valgte leverandør påtok seg den første flygningen, var selskapet slik mindretallet forstår det, orientert om at det kunne være behov for flygninger også utover i april/mai. Selv om valgte leverandør ikke kunne kreve å gjennomføre flere flygninger, kunne selskapet

likevel forstå innklagedes aksept av den første flygningen slik at dersom det var behov for flere flygninger, så ville valgte leverandør gjennomføre også disse.

- (48) Etter mindretallets syn må alle de fire flygningene på denne bakgrunn anses som én sammenhengende anskaffelse.
- (49) Mindretallets konklusjon er etter dette at det – for alle de fire flygningene – var «umulig» å gjennomføre en konkurranse, jf. forskriften § 13-4 bokstav a), og dermed at heller ikke de siste to avropene av 30. april og 19. mai 2020 var i strid med regelverket.

Konklusjon:

Forsvarets logistikkorganisasjon har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Forsvarets logistikkorganisasjon har brutt forskriften § 13-4 bokstav a) ved å gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk