



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Feil i/uklar kunngjøring

Innklagede kunngjorde en intensjonskunngjøring om inngåelse av kontrakt for anskaffelse av toppsystem, med hjemmel i eneleverandørunntaket. Klagenemnda kom til at vilkårene for bruk av eneleverandørunntaket ikke var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 27. april 2022 i sak 2022/200

Klager: GK Norge AS

Innklaget: Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Kjersti Holum Karlstrøm og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet (heretter *innklagede*) kunngjorde 14. juli 2021 en intensjonskunngjøring om inngåelse av kontrakt uten forutgående konkurranse med Schneider Electric Norge AS (heretter *valgte leverandør*) om toppsystem for innklagedes sentrale driftsanlegg («*SD-anlegg*»). Anskaffelsens verdi var estimert til 36 millioner kroner. Frist for spørsmål eller innsigelser til kunngjøringen var ti dager fra kunngjøringsdato.
- (2) Anskaffelsen uten forutgående konkurranse ble hjemlet i forskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 om at konkurranse er umulig av tekniske årsaker. I tillegg ble det vist til at «*leverandøren har enerett, inkludert immaterielle rettigheter for deler av behovet, jf. FOA § 13-4 b) punkt 3*». Videre inneholdt kunngjøringen følgende forklaring:

«Leverandøren har allerede toppsystemet for over halvparten av underenhetene, og NTNU har ikke behov for å skifte ut hele systemet. Toppsystemet er over tid utviklet og tilpasset NTNUs driftskonsept og standarder, og det finnes ikke andre rimelige alternative løsninger som kan dekke behovet uten omfattende teknisk utvikling og risiko for driftssikkerhet.

Toppsystemet/SD styrer, regulerer og overvåker av sikkerhetskritiske eller virksomhetskritiske funksjoner på NTNU sine bygg og eiendommer. NTNUs behov er komplekst og sammensatt, og ta inn en ny leverandør vil medføre en ikke ubetydelig høy byttekostnad i verdi, tid og sikkerhet.»
- (3) Det ble videre vist til de sikkerhetskrav anskaffelsen måtte oppfylle, samt høy verdi i eksisterende installasjon med god gjenværende levetid. Det ble vist til at eksisterende toppsystem har en sømløs funksjonalitet mot en rekke eksisterende installasjoner med

«*unevnelig verdi*» for virksomheten. Det ble opplyst at disse løsningene var proprietære og at de ikke kunne erstattes ved å bytte til en annen leverandør av toppsystem.

(4) Videre ble det vist til at eksisterende system svarte ut innklagedes krav til fleksibilitet, funksjonalitet, stabilitet og tilgjengelighet, både på brukergrensesnitt og på prosess- og programmeringsnivå. Det ble opplyst å være spesialtilpasset innklagedes behov, og var et grunnsystem som var utviklet over lang tid. Til slutt ble det opplyst at det var komplekse og høyteknologiske systemer som krever at det bygges kompetanse over tid, der det er behov for kompetanse tilgjengelig både hos leverandør og i innklagedes driftsorganisasjon.

(5) Et sentralt driftsanlegg er et samlet elektronisk system til styring og overvåking av et eller flere automatisk anlegg. Det fremgikk av kunngjøringen at toppsystemet skulle ivareta styring og overvåking av sentrale funksjoner knyttet til innklagedes tekniske infrastruktur. Dette omfattet blant annet:

«- *Implementering av toppsystem for nye og eksisterende 3- parts leveranser.*

- *Administrasjon av kommunikasjonsløsninger for byggautomasjon og toppsystem ihht NTNUs kommunikasjon og nettverksstruktur.*

- *Overordnet system for energiinnsamling og eksport av energidata til gjeldende EOS-system.*

- *Drift, vedlikehold og videreutvikling av toppsystem»*

(6) Det fulgte av kunngjøringen at innklagede tidligere hadde hatt to toppsystemer. Klagenemnda forstår det slik at innklagede opplevde mangler ved leveransen av det andre systemet man brukte, blant annet som følge av tap av nøkkelpersonell hos leverandøren (heretter *tidligere leverandør*). Satsingen på dette systemet ble ansett som for risikofylt, og gjeldende avtaler ble sagt opp.

(7) Videre i kunngjøringen skrev innklagede at man nå hadde behov for å samle alt under et felles toppsystem som ivaretar kommende behov ved rehabiliteringer og utbygginger. Innklagede skrev at «*Grunnet teknisk funksjonalitet og kompleksitet, samt høy grad av kompatibilitet med dagens felt automatikk, vurderes eksisterende toppsystem fra Schneider som eneste reelle og rimelige alternativ.*»

(8) Anskaffelsen omfattet ikke feltautomatikk med komponenter, herunder undersentraler. Toppsystemet måtte imidlertid være kompatibelt «*for integrasjon med hovedandelene av dagens feltautomatikk, og med ny feltautomatikk via standard bacnetprotokoll*». Videre ble det opplyst at det i dagens anlegg inngår totalt ca. 573 undersentraler av ulik type og teknologi, herav 365 med valgte leverandørs system og 208 med tidligere leverandørs system. Kun 95 av de eksisterende undersentralene kommuniserer via standard BACnetprotokoll og kan, slik klagenemnda forstår det, kommunisere med begge leverandørenes toppsystem. Etter det opplyste vil de andre undersentralene over tid byttes ut med undersentraler med BACnetprotokoll.

(9) Det ble ikke inngitt innsigelser innen tidagersfristen.

(10) GK Norge AS (heretter *klager*) fremmet 1. februar 2022 en klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser, med anførsel om at intensjonskunngjøringen ikke var i tråd med regelverket og at innklagede dermed hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (11) I e-post av 16. februar 2022 opplyste innklagede at man ennå ikke hadde inngått kontrakt med valgte leverandør. Innklagede opplyste samtidig at man ville avvente inngåelse av kontrakten til klagenemnda hadde behandlet anførselen om at intensjonskunngjøringen var i strid med regelverket.
- (12) Saken ble på denne bakgrunn behandlet som en prioritert rådgivende sak.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. og 19. april 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Det foreligger ikke hjemmel til å inngå kontrakt uten å kunngjøre konkurransen.
- (15) Siden innklagede har hatt to ulike leverandører av SD-anlegg, og ingen av leverandørene har vært klart dominerende, kan også andre leverandører enn valgte leverandør levere toppsystem.
- (16) Et SD-anlegg er i seg selv ikke en kritisk infrastruktur hos innklagede, og skifte av system vil derfor ikke medføre noe driftsrisiko ved overgangen til ny leverandør.
- (17) Det er andre leverandører som kan levere begge toppsystemene som innklagede har brukt.
- (18) De økonomiske fordelene ved å velge valgte leverandør er begrenset, siden også valgte leverandør må bytte ut en rekke undersentraler. En stor andel av undersentralene knyttet til valgte leverandørs system er uansett også av eldre dato, og utskiftningskostnadene for disse vil oppstå også for valgte leverandør. Å inngå kontrakt med valgte leverandør vil derfor bare utsette utskiftningskostnadene, og denne fordelene kan ikke begrunne eneleverandøruntaket. Innklagedes stipulerte utskiftningskostnad på 200 000 kroner per undersentral er for høy, og det er ikke dokumentert hvordan denne er beregnet.
- (19) Innklagede har gjort for få undersøkelser i forkant av kunngjøringen. Innklagede har ikke innkalt andre leverandører for å undersøke mulighetene for å sikre en integrasjon mot valgte leverandørs løsning. Dette må være et absolutt minimum for å kunne anvende eneleverandøruntaket.
- (20) Kontrakten er tidsbegrenset, og vil i realiteten overstige den estimerte verdien som innklagede har opplyst i kunngjøringen. Dette må forutsette et strengere krav til de vurderinger og undersøkelser oppdragsgiver må gjøre. Det var heller ikke et hasteelement i saken som kan lempe oppdragsgivers undersøkelsesplikt.
- (21) De proprietære hensyn kan ikke begrunne eneleverandøruntaket, da andre leverandører har avtaler som tillater dem å bruke valgte leverandørs system.
- (22) Det forhold at andre aktører også kan tilby den valgte teknologien, er ikke nærmere berørt i innklagedes protokoll eller tilsvar. Dette viser at innklagedes vurdering er basert på et sviktende grunnlag.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Etter innklagedes syn er vilkårene i anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 og 3 oppfylt. Det vil dermed ikke medføre en ulovlig direkte anskaffelse å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (24) Innklagede har verken skapt en enesituasjon eller tilpasset anskaffelsesdokumentene til en leverandør. Innklagede så behov for å ha kun ett toppsystem. Avgjørelsen bygger på erfaring med å ha flere systemer, og på dialog med markedet og andre store byggherrer.
- (25) Innklagede hadde valget mellom å utvide et av dagens toppsystemer eller investere i et helt nytt toppsystem. Innklagede valgte å utvide et av systemene, da et nytt system ville medføre store investeringskostnader, unødvendig ressursbruk og avbrudd i virksomheten med installasjon og utvikling av system, samt utskifting av produkter som i dag er kompatible med eksisterende system.
- (26) Inntil eldre sentraler er byttet ut, er det av tekniske grunner og av hensyn til immaterielle rettigheter kun valgte leverandør som kan levere utvidelsen av toppsystemet. Selv om det finnes andre leverandører av toppsystem/SD-anlegg i markedet, vil det med bakgrunn i enerett ikke være mulig for andre leverandører å overta toppsystemet fra valgte leverandør med tilhørende integrasjoner mot underenheter. Andre sertifiserte leverandører av valgte leverandørs system vil i prinsippet kunne levere produktene til utvidelsen av dagens toppsystem, men vil ikke kunne foreta endringer og tilpasning av integrasjoner mot eksisterende produkter. Det eneste alternativet for en ny leverandør vil være å skifte ut undersentralene samtidig som nytt toppsystem installeres.
- (27) Innklagede har blitt informert av tidligere leverandør om at deres nye system, som klager tilbyr, ikke er kompatibelt med de gamle enhetene.
- (28) Utvidelse av valgte leverandørs system er det klart rimeligste alternativet. Merkostnaden for utskifting og integrasjon mot toppsystem er stipulert til 200 000 kr per undersentral. Ved utvidelse av valgte leverandørs system, er det ca. 500 enheter som ikke trenger å byttes ut. Innklagede så på denne bakgrunn ikke behov for å foreta ytterligere markedsundersøkelser.
- (29) Innklagede vil ved inngåelse av den intensjonskunnngjorte kontrakten etter planen legge til rette for konkurranse for anskaffelser av feltautomatikk og underenheter, med krav om «BACnet». «BACnet» er en åpen protokoll, og dermed teknologi- og leverandøruavhengig. Dette vil sikre konkurranse om utskifting av undersentraler, og i fremtiden også for toppsystemet.
- (30) Innklagede har gjennom flere år forsøkt å tilrettelegge for konkurranse på levering av flere gjennomgående systemer. Antallet toppsystemer er blitt redusert som følge av manglende stabilitet og driftssikkerhet og forhold ved leverandørene, og ikke som følge av et ønske om å begrense konkurransen. Ut ifra en totalvurdering av nødvendig funksjonalitet, tilgjengelig tid, økonomisk kostnad og ressursbruk, samt eksisterende og nye sikkerhetskritiske funksjoner, mener innklagede å ha opptrådt profesjonelt i denne saken og samtidig ivaretatt offentlige investeringer etter beste evne.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klagen gjelder en intensjonskunngjøring om anskaffelse av løpende avtale om toppsystem til innklagedes SD-anlegg, som er en vareanskaffelse. Klager er leverandør av tilsvarende løsninger, og ville vurdert å levere tilbud dersom anskaffelsen hadde vært konkurranseutsatt. Klager har dermed saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Kontrakt er ikke inngått, og klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 36 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (32) Anskaffelsens verdi er over EØS-terskelverdi, jf. forskriften § 5-3 (1) bokstav b, og anskaffelsen skal derfor i utgangspunktet kunngjøres.
- (33) En oppdragsgiver som mener det foreligger hjemmel til å inngå en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen, kan kunngjøre at kontrakten vil bli inngått ved å publisere en intensjonskunngjøring, jf. forskriften § 21-5. Intensjonskunngjøringen må klart og utvetydig angi begrunnelsen for at man mener det er grunnlag for å inngå kontrakt uten forutgående kunngjøring, og begrunnelsen må være tilstrekkelig til at potensielle leverandører samt klagenemnda eller domstolene kan vurdere lovligheten av beslutningen, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 (Fastweb).
- (34) Etter klagenemndas syn er intensjonskunngjøringen grundig og gir grunnlag for å prøve lovligheten av beslutningen. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig godtgjort at vilkårene for å kunne anvende eneleverandøruntaket i forskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 og 3 er oppfylt.
- (35) Forskriften § 13-4 gjennomfører deler av artikkel 32 i direktiv 2014/24, og oppstiller vilkår for når anskaffelser kan gjennomføres uten konkurranse.
- (36) Etter § 13-4 bokstav b nr. 2, kan en oppdragsgiver gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom bare en bestemt leverandør kan levere ytelsen oppdragsgiver har behov for, fordi *«konkurranse er umulig av tekniske årsaker»*. Etter bokstav b nr. 3 kan unntaket benyttes der kun en bestemt leverandør kan levere ytelsen fordi denne leverandøren *«har enerett, inkludert immaterielle rettigheter»*.
- (37) Unntaksbestemmelsen er begrunnet med at det vil være nødvendig å gjennomføre en konkurranse i de tilfeller der det kun er én leverandør som kan levere den aktuelle ytelsen. Bestemmelsen skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for at unntaket kommer til anvendelse er oppfylt. Oppdragsgiver har en aktivitetsplikt for å verifisere om det finnes et marked for anskaffelsen, jf. klagenemndas sak 2021/706 med videre henvisninger. EU-domstolen har uttalt i sak C-57/94 (Ascoli-Mare) premiss 24 at oppdragsgiveren må sannsynliggjøre at det var *«uomgængeligt nødvendigt»* å inngå kontrakt med den valgte leverandøren.
- (38) Det er imidlertid også krav om at det ikke foreligger *«rimelige alternativer»*, og at den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren *«har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør»*.
- (39) Uttrykket *«rimelige alternativer»* antyder at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, der vanskelighetene med å velge andre leverandører må veies opp mot skadene ved ikke å gjennomføre en konkurranse. Anskaffelsesbehovet kan

ikke defineres snevert for å unngå at andre enn en ønsket leverandør kan levere ytelsen, dersom også andre leverandører kan dekke oppdragsgivers behov.

- (40) Innklagede har opplyst at man så behov for å gå over til kun ett toppsystem, og at avgjørelsen bygget på egen erfaring med å ha flere systemer og på dialog med markedet og andre store byggherrer.
- (41) Innklagede har imidlertid over mange år hatt to toppsystemer som har virket parallelt, og begge disse kan konkurranseutsettes. Selv om to toppsystemer kan være mindre effektivt og gi praktiske utfordringer sammenlignet med å ha kun ett toppsystem, viser dette at det er teknisk mulig for andre leverandører å levere toppsystem hos innklagede. Innklagede har i den anledning ikke godtgjort at manglene ved leveransen fra tidligere leverandør skyldtes andre omstendigheter enn forhold ved bemanningen hos den aktuelle leverandøren. Innklagede har heller ikke godtgjort at ikke andre leverandører, eller tidligere leverandør med bedre bemanning, kan levere driftstjenester for dette toppsystemet.
- (42) Slik saken er opplyst for nemnda, har innklagede «rimelige alternativer», ved å skape konkurranse gjennom å fortsette med to toppsystemer. Dette medfører at strategivalget om å gå over til ett toppsystem ikke kan unntas fra konkurranse i medhold av eneleverandøruntaket.
- (43) Klagenemnda har etter dette kommet til at det ikke er godtgjort at vilkårene i forskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 og 3 er oppfylt. Slik saken er opplyst, har dermed innklagede ikke hjemmel til å gjennomføre anskaffelsen uten konkurranse.
- (44) Bruddet som er konstatert ovenfor gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet har brutt reglene for offentlige anskaffelser ved å beslutte å inngå kontrakt med valgte leverandør uten kunngjort konkurranse da vilkårene for bruk av eneleverandøruntaket ikke er oppfylt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk