



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede inngikk i 2020 kontrakt med airMont AS om testing og levering av et digitalt system for tilsyn av skorsteiner. Anskaffelsen ble ikke kunngjort, og klager anførte at anskaffelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at innklagede hadde hjemmel for å unnta anskaffelsen fra konkurranse, jf. forskriften § 13-4 (1) bokstav b nr. 2. Klagers anførsel førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 26. mai 2023 i sak 2022/1650

Klager: Norges Miljøvernforbund

Innklaget: Halden kommune

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Sverre Nyhus og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Halden kommune (heretter *innklagede*) inngikk i september 2019 et samarbeid med selskapet airMont AS (heretter *valgte leverandør*) om testing av et digitalt system for tilsyn av skorsteiner. Ved bruk av kunstig intelligens bidrar systemet til utvikling av brann- og redningstjenestens tilsyn av fyringsanlegg.
- (2) Valgte leverandørs løsning er skybasert og består av en sensor som monteres i pipeløpet og kommuniserer med en plattform som gir feiervesenet mulighet til å innhente faktiske data om fyringsmønster, aktivitetsnivå og risikofaktorer.¹
- (3) Den 12. februar 2020 søkte valgte leverandør om patent på løsningen ved hjelp av patentselskapet Dehns.
- (4) På oppdrag fra valgte leverandør undersøkte selskapet RISE Fire Research AS (heretter *RISE*) i mai 2020 om det fantes lignende overvåkningssystemer for skorsteiner i det europeiske markedet. RISE er et aksjeselskap som eies av det svenske forskningsinstituttet RISE – Research Institutes of Sweden og det norske forskningsinstituttet SINTEF. RISE var tidligere Norsk Brannteknisk institutt, og er i dag et norsk brannteknisk kompetansesenter.²

¹ <https://www.halden.kommune.no/tjenester/miljo-og-teknisk/brann-og-feiing/pipesensor/>

² <https://risefr.no/informasjon>

- (5) Ved rapport av 29. mai 2020 konkluderte RISE med at man innenfor deres standardiseringsarbeid, testing og dokumentasjon av skorsteiner, «ikke [har] vært borti et sammenlignende produkt som FireFly.» Av rapporten og den vedlagte oversikten over de søkene RISE hadde foretatt i databaser og faglitteratur, fulgte det også at selskapet ikke hadde klart å finne sammenlignbare system. Rapporten ble oversendt innklagede i august 2020.
- (6) Den 7. september 2020 kunngjorde innklagede en intensjonskunngjøring på Doffin med CPV-kodene «35125100 – Sensorer» og «48100000 - Bransjespesifikk programvare». I intensjonskunngjøringen ble anskaffelsen beskrevet slik:
- «Halden kommune har intensjon om å inngå kontrakt med airMont AS for levering av et system for digitalt tilsyn av husholdnings - og fritidshus skorsteiner. Systemet består av en sensor og FireFly web-grensesnitt. Sensoren installeres i toppen av skorsteinen og kommuniserer med airMont sin FireFly-skyløsning. FireFly gir informasjonen om det faktiske fyringsforholdet og varsler brannvesenet ved pipebrann. Intensjonen med systemet er å bedre og effektivisere kommunens tilsynsplikt av skorsteiner etter brann- og eksplosjonsloven § 11, jf. forskrift om brannforebygging § 17.»*
- (7) Under punktet «Kontraktstildeling uten forutgående kunngjøring» fulgte det at:
- «Begrunnelse for tildeling av kontrakt uten forutgående kunngjøring: airMont AS har gjennomført et søk i markedet ved hjelp av selskapet RISE Fire Research AS etter en tilsvarende helhetlig løsning. RISE Fire Research AS deltar i et prosjekt om europeisk standardisering for skorsteiner, og mener at det per i dag ikke finnes noen standarder som dekker produktet til airMont AS.»*
- (8) Kontrakten med airMont AS ble signert 2. desember 2020. Avtalen omfattet levering av 12 000 abonnement til en årlig kostnad på 150 kroner per abonnement, totalt 1,8 millioner per år. Avtalens varighet er åtte år, slik at den totale verdien er 14,4 millioner kroner. Ifølge innklagede ble avtalens varighet satt ut fra sensorens forventede levetid på avtaletidspunktet.
- (9) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. november 2022. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede samme dag.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. mai 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen. Det er sannsynliggjort at det finnes flere leverandører på markedet, og eneleverandøruntaket i forskriften § 13-4 (1) bokstav b er dermed ikke anvendelig.
- (12) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å utelate en rekke CPV-koder fra intensjonskunngjøringen.
- (13) Anskaffelsens verdi er i intensjonskunngjøringen estimert til 1,8 millioner kroner, mens verdien i realiteten er 14,4 millioner kroner. Anskaffelsens estimert verdi overstiger

derfor EØS-terskelverdi og skulle også vært kunngjort i TED-databasen. Mangelen på slik kunngjøring utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

- (14) Innklagede har brutt forskriften § 21-6 ved ikke å kunngjøre kontraktstildelingen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) På anskaffelsestidspunktet ble det etter grundige markedsundersøkelser vurdert at valgte leverandør var eneste leverandør av det aktuelle produktet i det europeiske markedet. Anskaffelsen er derfor ikke kunngjøringspliktig etter forskriften § 13-4 (1) bokstav b nr. 2.
- (16) Anskaffelsen ble likevel intensjonskunngjort etter forskriften § 21-5, og innklagede har ved det uansett avskåret muligheten for å bli ilagt overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 annet ledd.
- (17) Det erkjennes at anskaffelsens estimerte verdi på 1,8 millioner kroner er feil.
- (18) Det erkjennes at det er begått en feil ved at selve kontraktstildelingen ikke ble kunngjort. Det anføres imidlertid at en slik prosessuell saksbehandlingsfeil ikke bør tillegges vekt, da feilen ikke har hatt betydning for anskaffelsen eller avtalens materielle innhold.
- (19) For det tilfellet at gebyr ilegges, bør dette under enhver omstendighet settes så lavt som mulig.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav om saklig klageinteresse, 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. Kontrakt ble inngått 2. desember 2020. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt innfor klagenemnda 30. november 2022. Klagen er dermed rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (21) Klagenemnda tar i det følgende stilling til om inngåelsen av avtalen med valgte leverandør utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (22) 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).
- (23) Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen var unntatt kunngjøringsplikt, under henvisning til at anskaffelsen omfattes av unntaket i forskriften § 13-4 (1) bokstav b nr. 2.
- (24) Av denne bestemmelsen følger det at en oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom anskaffelsen gjelder «*ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere*» fordi «*konkurranse er umulig av tekniske årsaker*». Unntaket får kun anvendelse når «*det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør*», jf. andre ledd.

- (25) Unntaksbestemmelsen er begrunnet i 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*) avsnitt 57-58 med videre henvisninger. I punkt 50 av direktivets fortale er det presisert at anskaffelser uten konkurranse bør *«brukes bare i helt ekstraordinære tilfeller»*, og at dersom situasjonen med kun en leverandør *«skyldes tekniske årsaker, bør de defineres nøye og begrunnes i hvert enkelt tilfelle.»*
- (26) For at unntaksbestemmelsen skal få anvendelse, er det 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. Unntaket i § 13-4 (1) bokstav b nr. 2 gjelder kun der det *«ikke er konkurranse på markedet»* om andre løsninger, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-328/92 (*Farmaindustria*) avsnitt 17. Innklagede må godtgjøre at det foreligger enten kunstneriske årsaker, tekniske årsaker eller eneretter som gjør det nødvendig å tildele kontrakten til AirMont AS, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-57/94 (*Ascoli-Mare*) avsnitt 24. Ettersom teknisk ekspertise er i stadig utvikling, skjerpes 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, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/145 avsnitt 16.
- (27) Spørsmålet er om innklagede i tilstrekkelig grad har godtgjort at enerettsunntaket får anvendelse på anskaffelsen.
- (28) Slik saken er opplyst for nemnda, påbegynte innklagede markedsundersøkelser i 2019 for å avdekke om og i så fall hvilke leverandører som kunne levere lignende overvåkningssystemer for skorsteiner. I forbindelse med valgte leverandørs patentsøknad i 2020, ble det foretatt videre undersøkelser med bistand fra patentselskapet Dehns, uten at det ble avdekket at andre leverandører kunne levere det etterspurte systemet. Våren 2020 foretok også RISE, som er et norsk branntekniske kompetansesenter, undersøkelser av hele det europeiske markedet for å avdekke om andre leverandører kunne oppfylle innklagedes behov. Sammen med RISE Safety and Transport – Fire Research i Borås Sverige, oppgir RISE å være en av verdens største forskningsmiljø innen brann. Resultatet av RISE sine undersøkelser, som også omfattet søk i faglitteraturen, resulterte i en rapport fremlagt for innklagede i august 2020. Det følger av rapporten at RISE gjennom sitt standardiseringsarbeid, testing og dokumentasjon av skorsteiner, ikke har funnet eller vært i befatning med sammenlignbare produkt som valgte leverandørs.
- (29) Basert på dette legger klagenemnda til grunn at innklagede hadde inngående kjennskap til både det norske og europeiske markedet på tidspunktet avtalen med valgte leverandør ble inngått. Det bemerkes at det heller ikke i forbindelse med nemndssaken er fremlagt opplysninger som tilsier at det fantes andre leverandører på kunngjøringstidspunktet, eller at andre leverandører har kommet til i løpet av de to årene som har gått siden intensjonskunngjøringen.
- (30) På denne bakgrunn finner klagenemnda at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at anskaffelsen gjelder ytelser som bare valgte leverandør kan levere fordi *«konkurranse var umulig av tekniske årsaker.»* Det forelå dermed ikke *«rimelige alternativer»*, og

nemnda kan heller ikke se at den manglende konkurransen skyldes at innklagede har «tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.»

- (31) Vilkårene i § 13-4 (1) bokstav b nr. 2 er med det oppfylt. Innklagede hadde hjemmel til å gjennomføre anskaffelsen uten kunngjøring, og det foreligger dermed heller ingen ulovlig direkte anskaffelse på bakgrunn av manglende kunngjøring ved bruk av relevante CPV-koder.
- (32) Når det gjelder klagers anførsler om at feil ved intensjonskunngjøringen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, har innklagede erkjent at kunngjøringen inneholder feil verdiestimat og at den ikke er publisert i TED selv om verdien overstiger EØS-terskelverdi. Ettersom innklagede hadde hjemmel til å gjennomføre anskaffelsen uten kunngjøring, utgjør ikke disse feilene brudd på kunngjøringsplikten.
- (33) Klager har videre anført at manglende kunngjøring av kontraktsinngåelsen etter forskriften § 21-6, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (34) Det følger av denne bestemmelsen at når oppdragsgiver har inngått en kontrakt, skal oppdragsgiver kunngjøre kontraktsinngåelsen snarest og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.
- (35) Plikten til å kunngjøre konkurranseresultatet skal sikre etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen. Et eventuelt brudd på denne bestemmelsen kan innebære brudd på prinsippene i loven § 4, men vil ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag, fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Halden kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk