



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkteanskaffelse.

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale for klassing og vedlikehold av KNM Maud. Innklagede avlyste konkurransen fordi begge mottatte tilbud var avvist grunnet vesentlige forbehold. Innklagede inngikk deretter kontrakt med en tredje leverandør. Klager hevder at vilkårene for å inngå kontrakt etter konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ikke var oppfylt, og at kontraktsinngåelsen utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 21. juni 2024 i sak 2023/1007

Klager: Westcon Yards AS

Innklaget: Forsvaret v/Forsvarets logistikkorganisasjon

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hanne S. Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Forsvaret v/Forsvarets logistikkorganisasjon (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. februar 2023 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale for klassing og vedlikehold av KNM Maud. Rammeavtalen hadde en varighet på fire år, med opsjon på forlengelse i ytterligere tre år. Anskaffelsens verdi var estimert til 500 millioner kroner. Frist for å inngi forespørsel om deltakelse i konkurransen var 8. mars 2023.
- (2) Anskaffelsens formål var beskrevet i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.3, der det sto at rammeavtalen skulle «bidra til å styrke Forsvarets operative evne og beredskap gjennom økt kapasitet for vedlikeholds- og oppgraderingstjenester og tilhørende ingeniørstøtte ved å gi Forsvaret tilgang til slike tjenester i fred, krise, konflikt og krig (...)». Rammeavtalen skulle muliggjøre gjennomføring av skipsteknisk vedlikehold i tråd med kravene i henhold til DNV-klasse. Tjenestene under rammeavtalen skulle fungere som et supplement til forswarets interne kapasitet.
- (3) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.4 var anskaffelsens omfang beskrevet. Leverandøren skulle levere tjenester innen prosjektledelse, skipstekniske fagdisipliner, ingeniørtjenester, verftsarbeider og logistikk. I tillegg skulle leverandøren stille egne fasiliteter til disposisjon som nødvendig for oppdragsgiver. Rammeavtalen skulle blant annet omfatte «Hovedrutine 5-års klassing», «Mellomklassing 2,5-års klassing», «Årligrutine (VBKS) årlig vedlikehold», «Reparasjoner», «Modifikasjoner og oppgraderinger» og «Teknisk ingeniørstøtte». Det sto videre at den første 5-årsklassing hadde planlagt oppstart i november 2023.
- (4) Kvalifikasjonskravene fulgte av kvalifikasjonsgrunnlaget kapittel 4. Krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner sto i punkt 4.6.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) Av krav «K5» fulgte det at «*Leverandøren skal ha tilstrekkelig bemanning til å gjennomføre leveranser over rammeavtalen.*»
- (6) I krav «K6» sto det at «*Leverandøren må disponere over dokk og infrastruktur i Norge som er egnet for utførelse av kontrakten.*» Det sto videre at dette kravet ville anses oppfylt der leverandøren sannsynliggjorde at kravet ville være oppfylt «*senest tre måneder etter kontraktsinngåelse.*»
- (7) Fem leverandører leverte forespørsel om deltakelse i konkurransen. Én leverandør, GMC Yard AS, ble avvist som følge av manglende dokumentasjon på oppfyllelse av krav «K5» om tilstrekkelig bemanning, mens to leverandører ble avvist på grunn av manglende dokumentasjon på oppfyllelse av krav «K6» om disponering av egnet dokk og infrastruktur.
- (8) To leverandører, herunder klager, ble kvalifisert til å inngi tilbud. Ingen av disse leverandørene oppfylte på søknadstidspunktet krav «K6» om nødvendig dokk og infrastruktur. Innklagede konkluderte imidlertid med at begge leverandørene hadde sannsynliggjort oppfyllelse av kravet innen tre måneder etter kontraktsinngåelse.
- (9) Innklagede sendte ut tilbudsgrunnlaget 3. april 2023, med tilbudsfrist 12. mai 2023. Leverandørkonferanse og befaring på KNM Maud ble avholdt 19. til 21. april 2023. Tilbudsfrist ble forlenget til 26. mai 2023, og begge leverandørene leverte tilbud innen tilbudsfristen. Forhandlingene ble gjennomført 5. og 6. juni 2023.
- (10) Innklagede avviste begge leverandørenes tilbud 21. juni 2023 på grunn av vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, jf. forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (heretter *FOSA*) § 11-13 (1) bokstav d. I avvisningsbrevet til klager viste innklagede til klagers forbehold knyttet til ansvars- og risikofordelingen i kontrakten, og opplyste at disse ble ansett som vesentlige, både hver for seg og samlet.
- (11) Konkurransen ble avlyst samme dag, jf. *FOSA* § 13-1 (1), med begrunnelse at ingen av de innleverte tilbudene kunne aksepteres.
- (12) Innklagede tok kontakt med GMC Yard AS 28. august 2023 for å undersøke tilgjengeligheten ved deres verft i Stavanger. GMC Yard AS opplyste at de hadde ledig kapasitet fra midten av oktober og ut 2023. GMC Yard AS ble tildelt kontrakten 15. september 2023.
- (13) Kontraktsinngåelsen ble kunngjort 6. oktober 2023. I kunngjøringen var kontrakten opplyst å være på syv år med en estimert verdi på 600 millioner kroner. Valg av prosedyre var i kunngjøringen begrunnet med at det i forutgående konkurranse kun var kommet inn ukorrekte eller uakseptable tilbud. I anskaffelsesprotokollen krysset innklagede av for at anskaffelsen var underlagt lov om offentlige anskaffelser, og krysset ikke av for at anskaffelsen var unntatt lov om offentlige anskaffelser etter anskaffelsesloven § 2 tredje ledd, som henviser videre til EØS-loven art. 123.
- (14) I anskaffelsesprotokollens begrunnelse for valg av prosedyre, viste innklagede til *FOSA* § 5-3 bokstav a og c.
- (15) Klager kontaktet innklagede 10. oktober 2023, med spørsmål om karenperiode og om kontrakt var signert. Innklagede opplyste at kontrakt var signert og at det ikke var satt noen karenperiode.

- (16) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. november 2023.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. april 2024. I brev av 2. mai 2024 etterspurte klagenemnda ytterligere opplysninger fra innklagede og klager. I brev av 27. mai svarte innklagede på nemndas forespørsel. Klager presiserte sine anførsler i e-poster av 24. og 31. mai 2024.
- (18) Nytt nemndsmøte ble avholdt 10. juni 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagedes kontraktsinngåelse med valgte leverandør utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (20) Innklagede gjennomførte ikke noen konkurranse før den andre anskaffelsen, men forhandlet i stedet direkte kun med valgte leverandør og tildelte kontrakten til denne leverandøren. Dette er i strid med det grunnleggende prinsippet om konkurranse.
- (21) Det er foretatt vesentlige endringer i kontraktsvilkårene i den andre anskaffelsen sammenlignet med kontraktsvilkårene i den første anskaffelsen. Dette er i strid med vilkårene i FOSA § 5-3 bokstav a og b, og man hadde dermed ikke hjemmel til å gjennomføre den andre anskaffelsen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Siden vilkårene er vesentlig endret, er det i realiteten en ny og annen anskaffelse som skulle vært kunngjort.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Prinsipalt anføres det at innklagede hadde grunnlag til å inngå kontrakt direkte med valgte leverandør etter eneleverandøruntaket i FOSA § 5-3 bokstav c. Da det var klart at forsøket på å gjennomføre konkurranse var mislykket, måtte det inngås kontrakt raskt med en leverandør som disponerte dokk og infrastruktur som kunne dokke KNM Maud. Den forutgående markedsundersøkelsen og den gjennomførte mislykkede konkurransen hadde vist at GMC var den eneste leverandøren som kunne tilby dette. Det var ikke aktuelt å inngå kontrakt med leverandører der det ville være behov for ombygging av dokk, da det ikke var tid til dette på grunn av utløp av såkalt klassesertifikat.
- (23) Subsidiært anfører innklagede at anskaffelsen i den foreliggende situasjonen uansett er unntatt anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesloven § 2 tredje ledd jf. EØS-avtalen artikkel 123. Inngåelsen av rammeavtalen var et proporsjonalt tiltak i den situasjonen innklagede sto i. Rammeavtalens varighet på fire år, med ytterligere tre års opsjon, var nødvendig gitt behovet for utbedringer, oppgraderinger og modifikasjoner, samt tiden valgte leverandør behøver for å opparbeide seg nødvendig kompetanse til arbeidet. Dette aspektet er et legitimt beredskaps- og sikkerhetshensyn.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §13a første ledd. Klagen er rettidig.

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (25) En ulovlig direkteanskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (26) Spørsmålet i saken er om innklagede foretok en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av rammeavtalen med GMC Yard AS om klassing og vedlikehold av KNM Maud.
- (27) Utgangspunktet for anskaffelser over terskelverdiene i FOSA er at de skal kunngjøres i Doffin og TED, jf. FOSA § 9-1. På tidspunktet innklagede inngikk kontrakt om rammeavtale med valgte leverandør, var terskelverdien for vare- og tjenstekontrakter 4,5 millioner kroner ekskl. mva., jf. FOSA § 2-2 (1). Rammeavtalens verdi var i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen estimert til 600 millioner kroner. Anskaffelsen skulle derfor i utgangspunktet vært tildelt etter en kunngjort konkurranse.
- (28) Innklagede har for det første anført at anskaffelsen kunne unntas kunngjøring fordi tjenesten av tekniske grunner bare kunne presteres av en bestemt leverandør, jf. FOSA § 5-3 bokstav c.
- (29) Forskriftsbestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EU artikkel 28 bokstav e. I direktivets fortale avsnitt 52 står det at bruk av dette unntaket bør defineres nøye og begrunnes i hvert tilfelle. Årsaker til å benytte unntaket kan ifølge direktivet for eksempel være at det er nærmest teknisk umulig for en annen leverandør å levere tjenesten, eller at det er nødvendig å bruke bestemte verktøy som bare én leverandør har til disposisjon.
- (30) Unntaksbestemmelsen er begrunnet med at det i noen tilfeller vil være unødvendig 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, som gjaldt tilsvarende bestemmelse i tidligere forsyningsvirksomhetsdirektiv.
- (31) 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 én 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.
- (32) Det fremstår for klagenemnda som et legitimt behov for innklagede å inngå kontrakt med en leverandør med stor nok dokk og nødvendig infrastruktur i Norge. Nemnda forstår det slik at det kun var valgte leverandør som på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen hadde en dokk som uten tilpasninger oppfylte kravene til dokkstørrelse i anskaffelsesdokumentene.
- (33) Gjennom kunngjøringen av konkurransen, der man åpnet for at kvalifikasjonskravet om kapasitet til dokk og infrastruktur kunne oppfylles tre måneder etter kontraktsinngåelse, forsøkte innklagede å legge til rette for at også andre leverandører kunne levere de etterspurte tjenestene. Slik klagenemnda ser det, viste imidlertid konkurransen at det ikke var mulig å få på plass en annen leverandør innenfor de rammene som innklagede hadde satt for anskaffelsen. Tilbudene ble avvist på bakgrunn av forbehold knyttet til ansvars- og risikofordelingen i kontrakten. Det er sannsynliggjort at det ikke var andre

leverandører som kunne levere ytelsen uten betydelige ekstrakostnader og risikooverføring fra leverandøren til oppdragsgiver, og i tide til å kunne oppfylle anskaffelsens formål. Da konkurransen måtte avlyses fordi alle tilbudene var avvist, sto man dermed i en situasjon der kun én leverandør kunne levere de aktuelle tjenestene. At oppdraget av forsvarshensyn måtte utføres i Norge, og at det krevdes en tilstrekkelig stor dokk, er objektive omstendigheter oppdragsgiver ikke kan påvirke. At det etter hvert oppsto tidsnød skyldtes derfor forhold utenfor oppdragsgivers kontrollsfære, og er noe oppdragsgiver ikke kan bebreides for.

- (34) Klagenemnda konkluderer derfor med at innklagede har sannsynliggjort at vilkårene for bruk av eneleverandørunntaket var oppfylt, jf. FOSA § 5-3 (1) bokstav c.
- (35) Klagenemnda vil samtidig bemerke at innklagede på dette tidspunktet hadde hjemmel til å inngå en rammeavtale på fire år, samt opsjoner på ytterligere tre år. FOSA § 6-1 (4) tillater rammeavtaler på syv år, og sett hen til de ressurser som kreves for å gjennomføre rammeavtalen og behovet for at leverandøren opparbeider seg nødvendig kunnskap om fartøyet, fremstår ikke lengden på avtalen som uproporsjonal.
- (36) På denne bakgrunn konkluderer klagenemnda med at innklagede hadde hjemmel til å inngå kontrakt direkte med valgte leverandør. Kontraktsinngåelsen utgjør dermed ikke en ulovlig direkteanskaffelse.

Konklusjon:

Forsvaret v/Forsvarets logistikkorganisasjon har ikke foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tarjei Bekkedal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur