



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

FREDRIKSTAD KOMMUNE
Postboks 1405
1602 FREDRIKSTAD

Deres ref.

Vår ref.
2024/1457-13

Saksbehandler
Mildrid Sulen Henden

Dato
17.12.2024

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 25. september 2024 på offentlig anskaffelse av elektrisk kraft. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Den 1. april 2016 inngikk Østfold fylkeskommune en kontrakt med Entelios AS. I den forutgående kunngjøringen var det angitt:
«Denne avtalen har som formål å sikre oppdragsgiver ihht. gjeldende lover og forskrifter, og uten vesentlig risikoeksponering en kostnadseffektiv og rasjonell håndtering av innkjøp, fakturering og forbruk av elektrisk energi fra kraft børs gjennom et profesjonelt mellomledd.»
- (2) Kontrakten ble inngått på vegne av fylkeskommunen og en rekke andre oppdragsgivere, inkludert Fredrikstad kommune (heretter *innklagede*). Avtalen hadde en varighet på to år, med opsjoner på forlengelse på 1 + 1 + 1 + 1 år, til sammen seks år. Alle opsjonene ble utløst, og kontrakten ville derfor vare frem til 31. mars 2022.
- (3) I desember 2021 mottok innklagede et brev fra Viken fylkeskommune, som informerte om muligheten for å delta i fylkeskommunal rammeavtale for kraftforvaltning. I brevet opplyste fylkeskommunen om at de hadde startet arbeidet med ny rammeavtale, og at kommunene i Viken fylkeskommune var invitert til å delta. Innklagede aksepterte invitasjonen.
- (4) Brevet inneholdt også en tentativ fremdriftsplan, hvor tildeling og kontraktsignering var anslått til mai/juni 2022. På bakgrunn av dette, forlenget innklagede den eksisterende rammeavtalen med Entelios AS til 30. juni 2022. Forlengelsen skjedde 21. desember 2021.

- (5) Den 3. mai 2022 informerte Viken fylkeskommune om at anskaffelsesprosessen var forsinket. Rammeavtalen med Entelios AS ble derfor forlenget til 1. oktober 2022.
- (6) Den 1. juli 2022 kunngjorde Viken fylkeskommune en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kraftforvaltning, med tilbudsfrist 31. august 2022. Formålet med anskaffelsen var *«håndtering av innkjøp, fakturering og forbruk av elektrisk energi fra kraft børs gjennom et profesjonelt mellomledd med opsjon på salg av konsesjonskraft»*. Oppstart var anslått til 1. oktober 2022, og vedståelsesfristen var satt til 30. desember 2022.
- (7) Viken fylkeskommune var den eneste oppdragsgiveren som var navngitt i kunngjøringen. Kunngjøringen inneholdt ikke informasjon om kontraktens verdi, men anskaffelsen var kunngjort i Doffin og TED. Avtalen hadde en angitt varighet på 4 år med opsjoner på 1 + 1 år.
- (8) I kunngjøringens beskrivelse av anskaffelsen stod det at *«[d]en enkelte deltaker i samarbeidet vil selv kunne vurdere om de skal være med på en eventuell forlengelse av avtalen.»*
- (9) I kunngjøringen var det en direkte lenke til konkurransegrunnlaget. Her fremgikk det en liste over alle oppdragsgiverne på avtalen, inkludert Fredrikstad kommune. Kunngjøringen hadde også en lenke til informasjon om konkurransen i konkurransegjennomførings-verktøyet Merzell. Også her var alle oppdragsgiverne på avtalen angitt.
- (10) Åtte leverandører lastet ned konkurransedokumentene i Merzell.
- (11) Kontrakten ble tildelt Fjordkraft AS den 21. september 2022. Fjordkraft AS' totalpris var 1 166 970,52 kroner per år for alle oppdragsgiverne, samlet i overkant av 7 millioner kroner over avtalens løpetid på seks år.
- (12) Innklagedes forbruk var estimert til ca. 12,5 prosent av det estimerte volumet kWt (kilowattimer) på avtalen.
- (13) Den 5. oktober 2022 bekreftet Entelios AS at kontrakten med innklagede var forlenget til 31. oktober 2022.
- (14) I forbindelse med en innsynsbegjæring mottatt 14. august 2024, oppdaget innklagede at det manglet signaturdokumenter for avtalen med Fjordkraft AS i deres arkivsystemer. Det ble derfor formalisert en ny signering av avtalen, som ble gjennomført 30. august 2024.
- (15) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk kraft og kraftforvaltningstjenester ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. september 2024.

Sekretariatets vurdering:

- (16) Klagen 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. Klagen er rettidig.

Anskaffelse av elektrisk kraft

- (17) Klagers overordnede anførsel er at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk kraft.
- (18) 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).
- (19) Innklagede har ikke kunngjort noen konkurranse om kjøp av elektrisk kraft. Kontraktene med Entelios AS og Fjordkraft AS gjelder kraftforvaltning.
- (20) Klagenemnda har i sakene 2024/396, 2024/408, 2024/425 og 2024/595 behandlet klager innenfor samme sakskompleks som i vår sak, da klagen gjaldt rammeavtaler inngått på bakgrunn av anskaffelsen gjennomført av Viken fylkeskommune høsten 2022. I disse sakene konkluderte klagenemnda med at de innklagedes kjøp av elektrisk kraft var unntatt kunngjøringsplikt, da den elektriske kraften var kjøpt «*på en varebørs*», jf. § 13-4 bokstav e. Dette gjelder også for vår sak, og sekretariatet finner det derfor klart at innklagede ikke har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk kraft.
- (21) Spørsmålet i det videre er om innklagede har gjennomført ulovlig direkte anskaffelse av kraftforvaltningstjenester.

Forlengelser av kontrakten med Entelios AS etter dens utløp

- (22) Klager har anført at innklagedes forlengelser av kontrakten med Entelios AS utgjør en ulovlig endring av kontrakt, og dermed en ulovlig direkte anskaffelse.
- (23) Innklagede forlenget kontrakten med Entelios AS utover dens løpetid flere ganger, i totalt syv måneder. Spørsmålet er om disse forlengelsene utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (24) Forskriften § 28-1 (1) angir hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften.
- (25) Økt vederlag i kraft av forlengelsene er etter det opplyste 27 662 kroner, som ifølge innklagede utgjør 6,2 prosent av avtaleverdien. Det samlede vederlaget for alle forlengelsene er under terskelverdiene i forskriften § 5-3, og under 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Forlengelsene utgjør derfor lovlige endringer, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav b.
- (26) Forlengelsene av kontrakten etter dens utløp utgjør lovlige endringer av kontrakten, og utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Kraftforvaltningsavtalen med Fjordkraft AS

- (27) Klager har anført at kraftforvaltningsavtalen innklagede har inngått med Fjordkraft AS utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Klager har for det første vist til at innklagede ikke var identifisert i kunngjøringen av anskaffelsen.
- (28) Det følger av forskriften § 29-1 (1) at flere oppdragsgivere kan gjennomføre anskaffelser i fellesskap. Likevel har den enkelte oppdragsgiver en plikt til å kunngjøre sine anskaffelser, jf. forskriften § 21-1. Kjøp som en offentlig oppdragsgiver foretar i henhold til en kunngjort anskaffelse, uten at den aktuelle oppdragsgiveren er tilstrekkelig identifisert i

kunngjøringen, vil etter omstendighetene kunne utgjøre ulovlige direkte anskaffelser. Se i denne retning klagenemndas avgjørelser i sakene 2018/24, 2019/389 og 2019/262.

- (29) Det er på det rene at innklagede Fredrikstad kommune var en av oppdragsgiverne da konkurransen ble kunngjort. Spørsmålet er om innklagede var tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen eller om den manglende angivelsen av innklagedes navn i kunngjøringsskjema må likestilles med at anskaffelsen ikke er kunngjort for innklagedes del.
- (30) Også dette spørsmålet ble behandlet av klagenemnda i de nevnte sakene 2024/396, 2024/408, 2024/425 og 2024/595. På dette spørsmålet konkluderte nemnda med at oppdragsgiverne var tilstrekkelig identifisert. Begrunnelsen for dette var at samtlige oppdragsgivere var identifisert i konkurransegrunnlaget, som ble kunngjort samtidig med kunngjøringen, og var direkte linket til i denne. Det var også angitt et estimat i konkurransegrunnlaget på hvor mye hver av oppdragsgiverne ville kjøpe årlig. I tillegg så nemnda hen til at Viken fylkeskommune, tidligere Østfold fylkeskommune, også tidligere har inngått kraftforvaltningsavtaler på vegne av en rekke kommuner over mange år, slik at det var naturlig at leverandørmarkedet kjente til dette. Det var også inntatt opplysninger i kunngjøringen som gav potensielle leverandører en indikasjon på at det var flere oppdragsgivere som ville benytte seg av avtalen.
- (31) Sekretariatet finner det derfor klart at innklagede var tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen. Kraftforvaltningsavtalen med Fjordkraft AS utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.
- (32) Videre har klager vist til at kontrakten med Fjordkraft AS utgjør en ulovlig direkte anskaffelse fordi kontrakten er inngått etter vedståelsesfristens utløp.
- (33) Kontrakt ble tildelt Fjordkraft AS den 21. september 2022. Vedståelsesfristen var 30. desember 2022. Innklagede har fremlagt en signert avtale mellom innklagede og Fjordkraft AS, som er signert den 30. august 2024, over 1,5 år etter vedståelsesfristens utløp.
- (34) Innklagede har bestridt klagers anførsel, og vist til at det ble inngått kontrakt med Fjordkraft AS i 2022 med oppstart fra 1. november 2022. Ifølge innklagede har det ikke vært mulig å oppdrive den signerte forsiden som var signert ved avtaleinngåelsen, og at signeringen gjennomført i 2024 kun er en stadfestelse av partenes plikter under den allerede eksisterende avtalen.
- (35) Det følger av anskaffelsesforskriften § 25-1 femte ledd at kontrakt anses inngått «*når begge parter har signert kontrakten*».
- (36) Hovedregelen er derfor at begge parter må ha signert kontrakten før den anses bindende. Klagenemnda har imidlertid tidligere lagt til grunn at det etter omstendighetene kan ha oppstått en bindende avtale uavhengig av om kravet til signering er oppfylt, ut fra mer alminnelige avtalerettslige prinsipper, og at formkravet i særlige tilfeller ikke kan tolkes bokstavelig, for eksempel der leverandøren har iverksatt oppfyllelse som er irreversibel, se klagenemndas avgjørelse i sak 2005/189, avsnitt 64, og 2009/112 avsnitt 42.
- (37) En slik tolkning støttes også av uttalelser i Prop.12 L (2011-2012) på side 72. Her er det uttalt at regelen bare har betydning for bestemmelsene om karens, og at hensikten bak regelen er å forhindre at en tildelingsbeslutning oppfattes som aksept av tilbud, og dermed forplikter avtalerettslig.

- (38) Innklagede har fremlagt en flerpartsavtale som innklagede inngikk med Fjordkraft AS, Statkraft Energi AS og Entelios AS den 25. oktober 2022. Bakgrunnen for flerpartsavtalen var at innklagede «*fra og med 01. november 2022 har byttet kraftleverandør til Fjordkraft*». Videre er det fremlagt en e-post fra innklagede til Fjordkraft AS datert 25. oktober 2022, hvor kontrakt ble sendt til signering. Den 19. oktober 2022 har også innklagede oversendt en anleggsliste til Fjordkraft AS, i forbindelse med overgang til ny leverandør. Innklagede har vist til at begge parter, både innklagede og Fjordkraft AS, har forholdt seg til avtalen som om den var signert i 2022. Dette tolker sekretariatet som at Fjordkraft AS har levert tjenester i henhold til avtalen, og innklagede har betalt for disse fra og med 1. november 2022.
- (39) Kontrakt mellom innklagede og Fjordkraft AS må derfor anses å ha blitt inngått en gang mellom 21. september 2022 og oppstart 1. november 2022. Klagers anførsel om at kontrakt er inngått etter vedståelsesfristen, kan klart ikke føre frem.
- (40) På bakgrunn av resultatet like over finner sekretariatet at også klagers anførsel om at det foreligger en muntlig avtale mellom innklagede og Fjordkraft AS som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse i perioden 1. november 2022 og 30. august 2024, klart ikke kan føre frem.
- (41) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Med hilsen

Mildrid Sulen Henden
Juridisk rådgiver

Johan Aasheim Hjartnes
Avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur