



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav c for anskaffelse av produktet CFT-Legumin. Klagenemnda fant at innklagede i tilstrekkelig grad hadde sannsynliggjort at unntaket var anvendelig.*

### Klagenemndas avgjørelse 11.juni 2012 i sak 2011/280

**Klager:** Europharma AS

**Innklaget:** Direktoratet for naturforvaltning

**Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, Andreas Wahl

**Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse, konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

### Bakgrunn:

- (1) Direktoratet for naturforvaltning (heretter kalt innklagede) inngikk 25. juli 2011 kontrakt med VESO (heretter kalt valgte leverandør) for "*Innkjøp av rotenon for bekjempelse av Gyrodactylus salaris i Vefsna-regionen*". Innklagede har opplyst at det ble benyttet konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav c.
- (2) Kontrakten gjaldt anskaffelse av produktet CFT-Legumin, som er et piscicidprodukt som inneholder opp til 5 % av virkestoffet rotenon. Kontrakten omfattet innkjøp av 180 000 liter CFT-Legumin for kroner 200 per liter, og har en ramme på 45 millioner kroner inkludert merverdiavgift for 2011. Det fremgikk av kontrakten at det ville inngås en egen kontrakt for kjøp av CFT-Legumin i 2012 i løpet av høsten 2011.
- (3) Innklagede har opplyst at innklagede hadde behov for et produkt som hadde de nødvendige egenskaper for å utrydde/fjerne Gyrodactylus salaris i de aktuelle vassdrag, med minst mulig miljøskade. For å oppnå dette må produktet være lett oppløselig i vann og spres lett i vannmassene. Produktene må også være testet og utprøvd i storskalasammenheng for å godtgjøre dets effekt, herunder være testet ut for å ta livet av fisk i store vassdrag i naturen. Det må også foreligge en utslippstillatelse fra Klima- og forurensningsdirektoratet, og produktene måtte kunne leveres innen tidsfristen 31. desember 2011. Innklagede har videre opplyst at innklagede ikke kan inngå kontrakt om levering av en bestemt mengde av den etterspurte ytelsen for mer enn ett år av gangen, da dette avhenger av Stortingets årlige bevilgninger for å bestemme omfanget av den årlige bekjempelse av Gyrodactylus salaris i vassdrag.
- (4) Av kontraktens punkt 1 "*Prosjektets formål*" fremgikk det at rotenonbehandling var den eneste metoden som var aktuell. Prosjektets formål var å rotenonbehandle ti infiserte vassdrag og tre innsjøer i regionen. Det fremgikk av kontraktens punkt 3 at prosjektet

skulle starte 1. januar 2011, og skulle være avsluttet 31. desember 2012. Følgende hitsettes fra kontraktens punkt 2 "Prosjektbeskrivelse":

*"Rotenonbehandlingen vil bli gjennomført i perioden 2011-2012. I 2011 skal det gjennomføres 1. gangs rotenonbehandling av alle infiserte vassdrag. I 2012 skal vassdragene behandles på nytt. I tillegg skal tre innsjøer rotenonbehandles. I henhold til planene som er utarbeidet for behandlingene vil det bli behov for inntil 340 000 liter rotenon. Av praktiske årsaker vil innkjøpet av rotenon bli fordelt over to år. Denne kontrakten gjelder for innkjøp av rotenon for inneværende år. Bestilling for 2012 vil foreligge høsten 2011."*

- (5) Videre var det i kontraktens punkt 4 satt opp "Vilkår". Innledningsvis i kontrakten fremgikk det at kontrakten omfattet vedlagte alminnelige vilkår hvor ikke annet fremgikk under punkt 4. Under punkt 4 fremgikk det følgende:

*"Kontrakten har en total økonomisk ramme på 45 mill kroner inkl. mva.*

*I henhold til pristilbudet i brev datert 22. november 2010 er prisen på rotenon 200 NOK pr liter eks moms.*

*Denne kontrakten omfatter innkjøp av 180 000 liter CFT-Legumin som skal benyttes til Gyrodactylusbekjempelse i Vefsna-regionen.*

*Rotenon skal være overlevert DN innen 15. desember 2011.[...]"*

- (6) Før kontraktsinngåelsen mottok innklagede tilbud fra valgte leverandør, datert 22. november 2010. Det fremgikk av tilbudet at innklagede også hadde kjøpt 40 000 liter i 2009, for en gjennomsnittspris på €29,00, som på tilbudstidspunktet tilsvarte kroner 238 per liter. Det ble tilbudt to forskjellige priser per liter, avhengig av hvilken mengde som ble anskaffet, herunder; kroner 220 per liter ved anskaffelse av 130 000 liter, og kroner 200 per liter ved anskaffelse av 340 000 liter. Det ble videre gitt et separat tilbud på pulverrotenon 8 %.
- (7) Etter mottak av tilbudet fra valgte leverandør, men forut for kontraktsinngåelsen, gav innklagede en redegjørelse til Miljøverndepartementet vedrørende innkjøpsordningen for rotenon, i notat datert 8. april 2011. I notatet ble det vist til forespørsel per telefon 6. april 2011 om "innkjøpsordning for rotenon og unntak fra innkjøpsreglementet". Det ble anbefalt å videreføre dagens innkjøpsordning med konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav c, på bakgrunn av at det var "Bare en leverandør med rett til salg av CFT-Legumin i Europa" og at det var "Ingen andre rotenonprodukter tilgjengelige". Videre hitsettes følgende:

### ***"Innledning***

*For omtrent 20 år siden var det to-tre firmaer som omsatte rotenon i Europa. Omsetningen var imidlertid svært lav, så ved innføring av registreringsplikt for produktene var det bare InterAgro i Sverige som registrerte sitt produkt som den gang het PW Rotenon. På slutten av 1990-tallet ble det gjennomført betydelige endringer i formuleringen som ble benyttet. De fleste tilsetningsstoffene ble skiftet ut med mer miljøvennlige stoffer. Produktet skiftet navn til CFT Legumin. Dette produktet ble registrert av firmaet InterAgro i Sverige. CFT Legumin er i dag det eneste produktet som benyttes for fjerning av fisk i Europa. I forbindelse med implementering av*

*Biociddirektivet ble det krav om at alle kjemiske stoffer som benyttes i naturen skal registreres og godkjennes for bruk i EU. Nødvendig dokumentasjon og saksbehandling er en omfattende og kostnadskrevende prosess som InterAgro, som er et lite firma, ikke hadde noen mulighet til å finansiere. InterAgro solgte da rettighetene av CFT Legumin til Veterinærmedisinsk Oppdragssenter (VESO), som i løpet av de siste 4 år har utarbeidet søknadsdokumenter og fått gjennomført alle nødvendige dokumentasjoner som kreves i søknaden. Søknaden er nå til behandling i England, og skal være ferdigbehandlet innen 2014. VESO er et aksjeselskap som eies av Aquanova Invest (60 %) og Landbruks- og matdepartementet (40 %).*

*Den nye miljøvennlige formuleringen CFT-Legumin fikk også interesse i USA. InterAgro solgte derfor rettighetene til USA. Den nye formuleringen har nå tatt over markedet i USA, hvor det er Prentiss som har rettighetene. Prentiss har kjøpt rettighetene begrenset til salg av CFT Legumin i USA, mens VESO har rettighetene begrenset til salg i Europa og Russland.*

### **Gjeldende praksis for innkjøp**

*Ettersom CFT-Legumin er den eneste formulering på markedet til bruk for avlaving av fisk og det finnes kun hhv én leverandør som har rett til salg i Europa og én med rett til salg i USA, har det vært lite hensiktsmessig å sende innkjøp av rotenon ut på anbud.*

*For hvert innkjøp av CFT Legumin forhandles det om pris, og DN får et skriftlig pristilbud. Pris per enhet blir i stor grad styrt av mengden rotenon som bestilles. CFT Legumin har begrenset lagringstid og må produseres fra cubé-resin fra Peru, via ekstrahering av rotenon til produksjon av CFT-Legumin i Finland etter at en bestilling foreligger. Store innkjøp fører til lavere produksjonskostnader. Prisforhandlinger, tilbud og bestilling av rotenon synliggjøres gjennom anskaffelsesprotokollen.*

*VESO har også etablert et begrenset internasjonalt beredskapslager som er av stor verdi for de ulike lands myndigheter som aktivt arbeidet med trusselen fra fremmede arter. Med dette beredskapslageret er det mulig å få moderate mengder rotenon til bruk innen 1 uke. Dette har stor beredskapsmessig betydning da øyeblikkelige tiltak kan være nødvendig ved nypåvisning av *G. salaris* eller en fremmede fiskearter for å hindre videre spredning."*

- (8) I forkant av kontraktsinngåelsen utformet innklagede også en anskaffelsesprotokoll, datert 6. juli 2011. Av anskaffelsesprotokollen fremgikk det under "*Kontraktens gjenstand, varighet og verdi*" at anskaffelsen gjaldt innkjøp av 180 000 liter CFT-Legumin, og at anslått kontraktsverdi var kroner 36 000 000 eks. mva. Det fremgikk videre at det var tale om et engangskjøp med varighet fra 1. januar 2011 til 31. desember 2011. Videre fremgikk at det ble avholdt møte mellom innklagede og valgte leverandør 16. mai 2011, samt flere telefonmøter "*etterjulsvinter*" 2011. Videre fremgikk følgende under av begrunnelse for valg av leverandør:

*"Eneste leverandør av CFT-Legumin i Europa. Se vedlagt brev fra DN til Miljøverndepartementet datert 8. april 2011."*

- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 12. oktober 2011.

- (10) Innklagede har i tilsvar for klagenemnda opplyst at direktiv 98/8/EC (Biociddirektivet) innebærer at alle kjemiske stoffer som benyttes i naturen skal registreres og senere godkjennes før bruk i EU/EØS-området. For å være lovlig må alle virkestoffer ha egen godkjenning, eller være i en godkjenningsprosess. I godkjenningsfasen skal virkestoffer gjennomgå et "review program", der selve søknaden om godkjenning må godkjennes, og deretter behandles. Alle virkestoffer som ikke var registrert eller hvor godkjent søknad ikke var innlevert etter Biociddirektivet, ble ulovlig å bruke i EU/EØS fra 2006. Det opplyses at det kun er virkestoffet rotenon som er i søknadsprosessen, og at det derfor ikke finnes andre godkjente og lovlige virkestoffer enn rotenon på markedet i Europa.
- (11) Når eventuelt rotenon som virkestoff blir godkjent, må også alle produkter som baserer seg på dette virkestoffet godkjennes etter Biociddirektivet. Slik søknad er kun levert for produktet CFT-Legumin.
- (12) I e-post av 12. april 2012 ba klagenemndas sekretariat om at innklagede gav en nærmere redegjørelse for de konkrete omstendigheter knyttet til anførselen om at det ikke kunne tenkes andre aktuelle leverandører.
- (13) Innklagede besvarte e-posten i brev datert 16. april 2012. Det ble redegjort for at det var to sentrale krav som ble stilt til produktet, herunder at tilsetningsstoffene måtte oppfylle *"alle nødvendige krav for en effektiv fordeling av rotenon i vannmassene når produktet skal benyttes"* og videre at *"Alle tilsetningsstoffene skal være så «miljøvennlige» som mulig, dvs være godkjent av Klif"*. [Klima- og forurensningsdirektoratet] Det fremgikk at CFT-Legumin hadde alle nødvendige egenskaper og inneholdt tilsetningsstoffer som var godkjent av Klif. Videre hitsettes følgende:

*"Om kjøp av produktet*

*CFT Legumin er et spesialprodukt som ikke kan benyttes uten tillatelse fra myndighetene. Det er utarbeidet prosedyrer for bruk av rotenon i ferskvann. Rotenon kan bare benyttes til bekjempelse av alvorlige sykdommer/parasitter, og til fjerning av fremmede fiskearter hvor dette anses som nødvendig for å bevare biologisk mangfold. Forbruket er normalt svært begrenset. Unntaket er det store behovet knyttet til behandling av de store innsjøene i Fustavassdraget. Dette er en ny situasjon ettersom Gyrodactylus-smitte på røye i innsjøene i Fustvassdraget ble oppdaget like før behandlingen av de infiserte vassdragene i Vefsnaregionen.*

*Rotenonholdige produkter er en «ferskvare». Etter at produktet er produsert, vil nedbrytingen av stoffet starte. Rotenon er et lett nedbrytbart stoff som har en fullstendig nedbryting (CO<sub>2</sub> og H<sub>2</sub>O). Dette betyr at produktet ikke kan lagres over en lengre periode. Når DN har behov for et rotenonholdig produkt, er dette starten på en lang prosess, som tar minst et halvt år. For at dette skal være mulig, må leverandøren ha en infrastruktur for både kjøp av råstoffet rotenon fra Sør-Amerika, samt avtale med en kjemikaliebedrift som kan produsere det ferdige produktet.*

*Når DN kjøper et rotenonholdig produkt fra en leverandør må vi forutsette at leverandøren også har inngående kunnskap om produktet. Det oppstår ofte situasjoner hvor vi må henvende oss til leverandøren for å få spesifikke opplysninger om stoffet i forbindelse med behandlinger. Vi kjøper med andre ord et spesialdesignet produkt hvor*

*leverandøren må evne å skaffe tilveie tilstrekkelig mengde innenfor gitte tidsrammer, og som sitter med nødvendig kompetanse for å serve oss.*

*DN har et omfattende internasjonalt samarbeid knyttet til rotenonbehandlinger. På dette grunnlag kan vi med sikkerhet si at CFT Legumin er det eneste aktuelle og tilgjengelige produktet i Europa, og at VESO er eneste leverandør, jf. allerede omtalte godkjenningprosedyrer. I tillegg til Norge, er det de siste årene gjennomført behandlinger i England og Spania. Alle behandlinger er gjennomført med CFT Legumin. DN har også god kjennskap til behandlinger som foregår ellers i verden. Gjennom et 12 års samarbeid med myndighetene i USA, hvor vi blant annet har en representant som sitter i ekspertkomiteen «Fish Management Chemicals Subcommittee», har vi inngående kunnskap om rotenonbehandlinger i USA og Canada. Denne komiteen fungerer også som rådgiver for behandling andre steder i verden, blant annet på New Zealand og senest i Sør-Afrika."*

- (14) I e-post av 20. april 2012 ba sekretariatet om at innklagede gav en grundig redegjørelse av hvilke tekniske grunner som gjorde at ikke andre leverandører ville kunne produsere og levere produkter som oppfylte innklagedes behov innen den nødvendige fristen.
- (15) Innklagede besvarte henvendelsen i brev datert 23. april 2012, hvor følgende fremgikk:

*«Som tidligere anført finnes det pr dato bare ett produkt på markedet i Europa for fjerning av fisk (piscicid) fra vassdrag som er registrert i produktregisteret, godkjent for bruk i Norge, og oppfyller de krav som DN må stille til et piscicid. Det er det rotenonbaserte produktet CFT Legumin. Produktet har én produsent/leverandør i Europa. Dersom andre leverandører ønsket å produsere og levere et alternativt produkt innenfor tidsfristen for den angjeldende anskaffelsen, måtte det foreligge et alternativt godkjent produkt som i tillegg oppfylte DN's krav.*

*Spørsmålet som er stilt DN er om det teknisk var mulig for andre leverandører å produsere og levere produkter som oppfylte våre krav og behov innen den nødvendige fristen. Etter vår vurdering er svaret på dette spørsmålet nei. Det var ikke mulig for andre leverandører innen den gitte fristen å levere et alternativt produkt DN kunne benytte til det store prosjektet i Vefsna-regionen. Vi vil her redegjøre for dette svaret.*

*Det er to ulike strategier som ligger til grunn for bekjempelse av G. salaris.*

- 1. Bruk av kjemikalier som bare dreper parasitten*
- 2. Bruk av kjemikalier som utrydder fisken (verten).*

*[...]*

*Ad 2*

*Ved bruk av piscicider kommer biocid-direktivet til anvendelse. Det er kun virkestoffet rotenon som er i søknadsprosessen. Derfor finnes det ingen andre godkjente og lovlige virkestoffer enn rotenon på markedet i Europa. Alle andre virkestoffer skal være fjernet fra markedet før 1. september 2006. DN må derfor anskaffe et rotenonbasert produkt som er godkjent for bruk nasjonalt, og som samtidig har de nødvendige egenskapene som tidligere er omtalt jf. bl a vårt notat datert 16. april 2012. Det eneste produktet som i dag oppfyller alle kriterier er CFT-Legumin. CFT-Legumin er varemerket, og det vil si*

*at andre leverandører ikke lovlig kan selge dette produktet. Det er derfor kun en leverandør i EØS-markedet som kan produsere og levere CFT-Legumin.*

*Det er ingen andre leverandører som vil kunne ha produsert et alternativt rotenonbasert produkt innen nødvendig tidsfrist for kontraktsoppfyllelse. Selv om det i fremtiden teoretisk sett kan komme til nye alternative produkter med tilsvarende funksjonalitet som CFT-Legumin med andre leverandører, vil de ikke kunne tilby et slikt produkt på mange år på grunn av utviklings-, utprøvings-, godkjennings- og produksjonsprosessen. Selv om det hadde vært utviklet et nytt alternativt produkt ved anskaffelsestidspunktet med en annen leverandør, kan ikke et slikt produkt anskaffes før det er registrert, godkjent og nødvendige storskalaforsøk er gjennomført.*

*Fordi det kun er én leverandør som lovlig kan produsere det eneste produktet som er aktuelt å kjøpe inn, må vilkåret for unntaksbestemmelsen i innkjøpsregulativet etter vår oppfatning anses oppfylt. EF-domstolen har i et par avgjørelser kommet med uttalelser om hva som kan være en «teknisk grunn». Beskyttelse av en enerett vil typisk være der en leverandør har patentrettigheter eller andre immaterielle rettigheter som for eksempel varemerker, mønsterbeskyttelse mv. I og med at CFT legumin er varemerket kan andre leverandører ikke tilby CFT-Legumin, men må utvikle et nytt rotenonbasert produkt. Det var derfor umulig å få ytelsen levert fra andre leverandører innen tidsfristen. Det er også godtgjort gjennom de brev og notater som er oversendt til Kofa i denne saken, at kun en leverandør leverer den etterspurte ytelsen og at andre ikke vil være i stand til å gjøre dette innenfor gitte tidsrammer.*

*Dersom det likevel hadde eksistert et annet rotenonbasert produkt i Europa som verken DN eller våre samarbeidspartnere i Europa eller USA kjenner til, ville det være utelukket å benytte dette produktet før det er godkjent for bruk i Norge. Videre forutsettes omfattende dokumentasjon om at produktet oppfyller de krav som DN stiller til et piscicid, og det skal være uttestet for bruk i tilsvarende store behandlinger med samme formål. Som tidligere anført i vårt notat datert 16. april 2012 er produktet som DN benytter et spesialprodukt hvor det stilles høye krav til dokumentasjon, utprøving og effektkontroll før produktet kan anvendes. Etter vår erfaring må det minst påregnes 2 år med utprøving og kvalitetssikring før et nytt produkt kan benyttes i behandlingssammenheng. Det kan derfor etter vår vurdering ikke være mulig at det eksisterer alternative produkter eller leverandører som var aktuell for anskaffelsen som denne saken angår."*

- (16) Den foreliggende sak er basert på samme anskaffelse som sak 2011/315, hvor klager er Norges Miljøvernforbund (NMF). Som svar på innklagedes tilleggsopplysninger i brev datert 24. april 2012, sendte NMF et brev datert 4. mai 2012, hvor det ble anført at; 1. Det finnes flere produsenter i Europa som muligens kunne tenke seg å utvikle alternative produkter til CFT-Legumin. 2. Det finnes alternative typer fiskegift til rotenon. 3. Det finnes alternative behandlingsmetoder av vassdrag. Videre ble det hevdet at NMF kunne dokumentere "logiske brister" i skrivet fra innklagede. Det ble vist til fem leverandører i EU, som var eller hadde vært produsenter av rotenon. Det ble videre vist til alternative fiskegifter, samt åtte alternative metoder for å utrydde fisk.
- (17) Innklagede kommenterte NMFs anførsler i brev datert 15. mai 2012. Innklagede forklarte at produkter med rotenon som virkestoff har to viktige anvendelsesområder; "Piscicid" – til bekjempelse av fisk, og "Insekticid" til bekjempelse av insekter i landbruk og hagebruk). Det fremgikk videre at produkter til bekjempelse av insekter i

landbruk og hagebruk hadde egenskaper tilpasset dette formålet, og kunne ikke dekke innklagedes behov. Innklagede kommenterte videre samtlige leverandører som NMF hadde oppgitt, hvorav fire leverandører ikke har rotenonholdige produkter som kan benyttes som piscicid, og én leverandør er nedlagt.

- (18) Ved e-post datert 30. mai orienterte klagenemndas sekretariat at brevet fra NMF av 4. mai 2012, og innklagedes kommentar i brev datert 15. mai 2012, ble ansett som en del av saksdokumentene i foreliggende sak.

#### **Anførsler:**

##### ***Klagers anførsler:***

- (19) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av kontrakt med valgte leverandør for anskaffelse av rotenon til behandling av *Gyrodactylus salaris* i Vefsn-vassdraget.
- (20) Rotenon er et virkestoff som er tilgjengelig fra flere leverandører. Det er rotenon som virkestoff, og ikke hvert enkelt rotenonprodukt, som må ha godkjenning fra EU etter Biociddirektivet, eventuelt nasjonal godkjenning inntil slik godkjenning foreligger. Klager er enig i at både virkestoff og produkt må ha godkjenning for å kunne brukes i naturen. Rotenon er på listen over stoffer som er definert som eksisterende i annex I i EC 1451/2007 og er også angitt i annex II. CFT-Legumin har derimot ingen etablert godkjenning, og innen dette foreligger, som først forventes i 2014, står norske myndigheter fritt til å anvende eventuelle andre rotenonprodukter, i alle fall dersom produsenten har til hensikt å registrere produktet som et piscicid.
- (21) Etter klagers skjønn kan hvilken som helst produsent starte en prosess med godkjenning av et produkt inneholdende rotenon og dermed være i posisjon til å inngi anbud. Dette støttes også ved at valgte leverandør i tilbudet av 22. oktober 2010 tilbød et nytt produkt, 8 % pulverrotenon. At innkjøp i denne størrelsesorden ikke blir kunngjort gjør at det er umulig for andre aktører å se verdien av registrering av et produkt, og det vil aldri bli konkurranse som kan medføre besparelser for innkjøper. Klager viser videre til at det er tilgjengelig piscicidprodukt i USA med 5 % rotenon til ca. kroner 108 per liter, selv om dette er et produkt som ikke er helt identisk med CFT-Legumin.
- (22) Det bes om at innklagede ilegges overtredelsesgebyr etter klagenemndas skjønn.

##### ***Innklagedes anførsler:***

- (23) Innklagede bestrider å ha foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved anskaffelse av CFT-Legumin til behandling av *Gyrodactylus salaris* i Vefsn-vassdraget. Det er tilstrekkelig dokumentert at ytelsen av tekniske grunner, og for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør. Vilåret for å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er dermed oppfylt, jf. forskriften § 14-4 bokstav c.
- (24) Innklagede ble i utgangspunktet informert om at det ved innføringen av Biociddirektivet var nødvendig å søke godkjenning for selve produktet innen en fastsatt frist, for at dette lovlig kunne brukes innen godkjenning faktisk forelå. Det er senere kommet frem at dette var en feil oppfatning, og at det er virkestoffene som må være i en godkjenningsprosess. Godkjenningsprosessen for virkestoffet rotenon er startet, og

skulle i utgangspunktet være ferdig i 2010, men ble utsatt til 2012. Inntil godkjenning for rotenon foreligger, vil produkter som baserer seg på rotenon som virkestoff være lovlig i henhold til Biociddirektivet. Det er imidlertid ikke dermed sagt at et eventuelt alternativt produkt vil kunne godkjennes av nasjonale myndigheter. I henhold til Biociddirektivet er andre virkestoffer enn rotenon ikke lovlig å bruke, og dermed heller ikke alternative produkter basert på andre virkestoffer. Etter at rotenon som virkestoff blir godkjent etter Biociddirektivet må også alle produkter som baserer seg på virkestoffet rotenon godkjennes etter Biociddirektivet. Det er kun for produktet CFT-Legumin at det er levert søknad om godkjenning som produkt basert på rotenon som virkestoff, i henhold til Biociddirektivet.

- (25) Klima- og forurensningsdirektoratet må også gi utslippstillatelse for at det valgte produktet skal kunne brukes i det aktuelle vassdraget, som er en prosess hvor produktets virkestoffer, tilsetningsstoffer og egenskaper vurderes i relasjon til den effekten det har på vassdraget og økosystemer. CFT-Legumin er allerede testet og det er fremlagt forskningsbasert dokumentasjon av miljømessige effekter som er nødvendige for å behandle og innvilge bruk til dette formålet.
- (26) Innklagede har omfattende kunnskap om markedet, og før gjennomføringen av anskaffelsen ble det foretatt en grundig markedsvurdering av hvilke piscicider som var aktuell å bruke, og hvorvidt det fantes andre egnede produkter med virkestoffet rotenon, eller andre virkestoffer, som hadde de nødvendige egenskaper for avliving av fisk og dermed for utrydding/fjerning av *Gyrodactylus salaris*. Innklagede fant at CFT-Legumin er det eneste produktet på markedet som har de nødvendige egenskaper og oppfyller de aktuelle krav. Det finnes ikke andre utprøvde produkter som oppfyller de ytelseskrav som innklagede må stille, og det vises til at CFT-Legumin i tillegg inneholder rotenonkomponenter med miljøakseptable virkninger. Det finnes bare én leverandør med rett til produksjon og salg av dette produktet i Europa. Klager har ikke redegjort nærmere for at det finnes andre leverandører på det europeiske marked, eller vist til andre piscicider som er lovlig å bruke og som oppfyller de krav som må stilles. Det foreligger derfor ikke holdepunkter for at innklagedes markedsvurdering er gjort på feil grunnlag, eller inneholder faktiske feilvurderinger som skulle tilsi at det finnes andre potensielle leverandører.
- (27) Ingen andre leverandører vil kunne produsere et tilsvarende produkt innen tidsfristen for kontraktoppfyllelse. Det er ingen andre private aktører som har igangsatt en prosess for å utvikle et alternativt produkt for dette formålet. Selv om det senere skulle tenkes at det ville kommet til flere leverandører med nye alternative produkt med tilsvarende funksjonalitet, vil de ikke kunne tilby produktet på mange år på grunn av utvikling-, utprøving-, og godkjennings- og produksjonsprosessen. Dersom en leverandør nå vil starte med utvikling av alternativt produkt, vil det ta flere år før dette er tilstrekkelig testet og klar for bruk. Det er heller ikke et stort marked for kjøp av slike produkter. Manglende kunngjøring medfører ikke at aktuelle leverandører ikke kjenner til behovet for et slikt produkt, da fjerning av *Gyrodactylus salaris* er mye omtalt i media og godt kjent i aktuelle miljøer. Kjøpet er imidlertid av en ekstraordinær størrelse, da det normale behovet de siste ti årene gjennomsnittlig har hatt en årlig verdi på ca. kroner 1 million. Det er derfor en mulighet for at volumet som anskaffes ikke er tilstrekkelig stort til at leverandører vil påta seg kostnadene med å utvikle et nytt produkt.
- (28) Når det gjelder alternative produkter finnes det en forskningsinstitusjon som har forsket på et produkt basert på surt aluminium, men denne forskningen har så langt ikke ført til

et vellykket resultat. Et annet produkt fra valgte leverandør, et 8 % pulverrotenonprodukt, ble også forkastet fordi det ikke oppfylte de nødvendige egenskaper, da pulverrotenonprodukt ikke er tilstrekkelig oppløselig og ikke kan brukes i rennende vann. Klager har også vist til et piscicidprodukt tilgjengelig i USA som inneholder 5 % rotenon. Innklagede var i 2007 observatør ved rotenonbehandling i California, hvor det ble benyttet et nytt produkt basert på 5 % rotenon, og hvor det viste seg at når produktet ble blandet med vann oppstod det en form for sammenklumping. Produktet oppfylte ikke de krav til egenskaper innklagede har behov for.

- (29) Forskriften § 14-4 bokstav c skal ivareta hensynet til effektivitet. Dersom unntaket skal ha betydning må det være nettopp i tilfeller som her, hvor oppdragsgiver har foretatt en grundig markedsundersøkelse og kommet til at det ikke finnes alternative produkter eller flere enn én leverandør som kan levere nødvendig produkt. Vurderingstema etter forskriften § 14-4 bokstav c er ikke hvorvidt det potensielt i fremtiden vil kunne finnes flere leverandører, men om det for det konkrete behovet oppdragsgiver har på kunngjøringstidspunktet finnes andre som kan, eller vil kunne, levere ytelsen innen tidsfristen for kontraktoppfyllelse. Det vises til Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser kapittel 7.4.4, hvor det vises til at vilkåret vil kunne være oppfylt hvor *"kun én leverandør har teknisk kompetanse til å utføre arbeidet, eller at det kun er én leverandør som produserer produktet"*. Innklagede ser gjerne at det blir mer konkurranse på dette markedet, men per i dag er det slik at det finnes kun én leverandør som kan produsere produktet som oppfyller innklagedes behov. Kontrakten er inngått for bare ett år, og på denne måten vil det være mulig med konkurranse for en senere anskaffelse dersom forholdene skulle endres, og flere produkter eller leverandører kommer til.
- (30) På bakgrunn av resultatet gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (31) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.
- (32) Av klagenemndsforordningen § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår det at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Den foreliggende klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt ved brev av 12. oktober 2011, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev av 19. oktober 2011. Klagen i herværende sak gjelder anskaffelse av CFT-Legumin ved kontrakt inngått 25. juli 2010. Klagen er dermed rettidig.

#### *Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse*

- (33) Av loven § 7b første ledd følger det at med en ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven. Oppdragsgivere har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 9-1/§18-1, jf. § 2-1 andre ledd jf. § 2-2 første ledd.

- (34) Den foreliggende sak gjelder anskaffelse av produktet CFT-Legumin, og er en varekontrakt. Ettersom anskaffelsens verdi overstiger EØS-terskelverdien på kroner 1 million eks. mva. for statlige myndigheter, følger anskaffelsen etter sin art og anslåtte verdi lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. forskriften § 2-1 første ledd jf. § 2-2 første ledd. Anskaffelsen skulle dermed som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 18-1.
- (35) Innklagede skulle anskaffe et produkt som hadde de nødvendige egenskaper til å kunne utrydde *Gyrodactylus salaris* i de aktuelle vassdrag, med minst mulig miljøskade. Herunder ble det stilt krav til produktets oppløselighet, og testing i storskalasammenheng, samt krav til levering innen 31. desember 2011.
- (36) På bakgrunn av partenes anførsler legger klagenemnda til grunn at det er enighet om at etter Biociddirektivet er det ikke lovlig å bruke produkter basert på andre virkestoffer enn rotenon til innklagedes formål. Videre er det nå enighet om at andre produkter som baserer seg på rotenon som virkestoff også vil være lovlig etter Biociddirektivet, frem til rotenon er godkjent som virkestoff. Klagenemnda legger etter dette til grunn at Biociddirektivet ikke stenger for at andre rotenonbaserte produkter enn CFT-Legumin kan benyttes.
- (37) Sakens problemstilling er hvorvidt innklagede lovlig kunne anskaffe produktet CFT-Legumin fra valgte leverandør ved å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 bokstav c.
- (38) Det følger av forskriften § 14-4 bokstav c at:
- "Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring [...] dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan prestes av en bestemt leverandør"*
- (39) Forskriften § 14-4 bokstav c gjennomfører forpliktelsene etter EU-direktiv 2004/18/EF artikkel 31 (1) bokstav b i norsk rett. Det fremgår av bestemmelsen at offentlige oppdragsgivere kan tildele kontrakt etter forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring;
- "when, for technical or artistic reasons, or for reasons connected with the protection of exclusive rights, the contract may be awarded only to a particular economic operator."*
- (40) EU-domstolen har i en rekke dommer lagt til grunn at unntaksbestemmelser i EU-direktivet for offentlige anskaffelser skal tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene er oppfylt.
- (41) Unntaket for beskyttelse av "enerett" i forskriften § 14-4 bokstav c peker på tilfeller hvor det er på det rene at det kun er én leverandør som har enerett på å utføre ytelsen, herunder eksempelvis hvor ytelsen er beskyttet av patentrettigheter eller andre immaterielle rettigheter som varemerker eller copyright eller lignende, jf. klagenemndas sak 2011/85 premiss (30) om tilsvarende unntak fra kunngjøringsplikt i forsyningsforskriften § 8-2 (3) bokstav c, samt Arrowsmith side 615 og Dragsten/Lindalen side 723. I klagenemndas sak 2011/85 premiss (30) fremgikk det at "Det er ikke tilstrekkelig at én leverandør har enerett i juridisk forstand, det er et krav

*at det faktisk ikke er andre leverandører som kan tilby ytelsen". I Steinicke/Groesmeyer legges det til grunn på side 849 at "Enerettigheter må forstås som lovbestemte monopoler", og at det er en betingelse at ingen andre kan levere varen for eksempel som følge av "erhvervede licensrettigheter".*

- (42) I det foreliggende tilfellet har innklagede erkjent feilaktig å ha lagt til grunn at det etter Biociddirektivet kun var CFT-Legumin som var lovlig å benytte, og det foreligger dermed ikke en enerett i relasjon til Biociddirektivet. Det er ikke omstridt at tilsvarende rotenonbaserte konkurrerende produkter lovlig kan produseres og selges, både i Norge og hele EU/EØS-området.
- (43) Det er imidlertid ikke bestridt at det kun er valgte leverandør som har rett til produksjon og salg av CFT-Legumin i Europa. Det er opplyst at det finnes én leverandør av CFT-Legumin også i USA, men at denne leverandøren kun har rettigheter til salg av produktet i USA. Det er dermed kun valgte leverandør som har rettigheter til salg av CFT-Legumin i Norge. For produktet CFT-Legumin må dette anses som en enerett i relasjon til forskriften § 14-4 bokstav c.
- (44) For å kunne benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring må innklagede dokumentere at det kun er én aktuell leverandør i det relevante markedet. Dette innebærer at det må bevises at ikke noen annen tilbyder vil kunne oppfylle kravene, jf. i denne retning Arrowsmith i *"The Law of Public and Utilities Procurement"* side 612. Tilsvarende er lagt til grunn i Fornyings- og administrasjons- og kirkedepartementets *"Veileder til reglene om offentlige anskaffelser"* som også innklagede har vist til, på side 93-94:

*"Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver er av den formening at kun én leverandør kan oppfylle deres behov, eller at de kun vet om én leverandør fordi de har manglende kunnskap om markedet. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.*

*[...]*

*Det kan for eksempel tenkes at kun én leverandør har teknisk kompetanse til å utføre arbeidet, eller at det kun er én leverandør som produserer produktet. Ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling skal det svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke kan eller ikke vil kunne bli i stand til å levere den aktuelle ytelsen."*

- (45) Innklagede har i denne relasjon anført at det ikke fantes andre leverandører, og at det heller ikke kunne tenkes andre leverandører som ville kunne produsere et produkt som oppfylte innklagedes krav innen kontraktoppfyllestidspunktet, blant annet som følge av krav om utprøving. Klagenemnda er enig i at dersom det på grunn av de krav som stilles til produktet kan dokumenteres at ingen andre leverandører kunne tenkes å kunne tilby et tilsvarende produkt, vil dette vil kunne anses som en teknisk grunn i relasjon til forskriften § 14-4 bokstav c
- (46) Spørsmålet blir da om det er tilstrekkelig sannsynliggjort at ytelsen bare kunne presteres av valgte leverandør, jf. forskriften § 14-4 c. Det fremgår av EU-domstolens avgjørelse C-57/92 (Ascoli-Mare) at:

*"[...] the Italian Government was obliged, in order to justify recourse to a private contract procedure for the works in question, not only to establish the existence of "technical reasons" within the meaning of that provision, but also to prove that those "technical reasons" made it absolutely essential that the contract in question be awarded to the undertaking Rozzi Costantino, which was responsible for the works in progress."*

- (47) I EU-domstolens avgjørelse i C-328/92 (Farmainustria) i premiss (17) ble det lagt til grunn at kravet om at produktene bare kunne produseres eller leveres av én bestemt leverandør bare var oppfylt *"with respect to those products and specialities for which there is no competition in the market"*.
- (48) Klager har anført at en hvilken som helst produsent kan starte prosess med godkjenning av produkt inneholdende rotenon, og dermed være i posisjon til å inngi tilbud. Til støtte for sitt synspunkt har klager vist til at valgte leverandør har tilbudt produktet *"pulverrotenon"*. Innklagede har imidlertid forklart at det konkrete produktet basert på pulverrotenon ikke oppfylte kravene for ytelsen. Når produktet ikke oppfylte innklagedes krav, kan ikke klagenemnda se at eksistensen av et slikt produkt skal tale for at også andre produkter enn CFT-Legumin som oppfylte innklagedes krav ville kunne tilbys innen fristen.
- (49) En problemstilling er hvilket geografisk område som skal vurderes ved kartleggingen av om andre leverandører ville kunne være aktuell. I klagenemndas sak 2008/56 ble det lagt til grunn i premiss (26) at det ved vurderingen av hvorvidt det fantes andre leverandører, var markedet i hele EU/EØS-området som var relevant, jf. uttalelser i tilsvarende retning også hos Arrowsmith i *"The Law of Public and Utilities Procurement"* side 612, Steinicke/Groesmeier i *"EU's Udbudsdirektiver"* side 848 og Dragsten/Lindalen i *"Offentlige anskaffelser"* side 718-720. Dette standpunktet inntas også i FADs veileder på side 94, hvor det fremgår at *"Oppdragsgiver må kunne godtgjøre at det kun er én leverandør i hele EØS- området."* Rettskildene synes dermed å legge til grunn at bestemmelsens rekkevidde, etter både direktivet og det norske regelverket, er begrenset til en vurdering av hvorvidt det finnes potensielle leverandører i EØS-området. Dette vil i så fall innebære at markedsvurderingen ikke trenger å omfatte leverandører i marked som reguleres av andre folkerettslige forpliktelser, herunder særlig forpliktelsene under Agreement on Government Procurement (GPA) gjennom WTO (GPA-avtalen er pr 2012 under revisjon - nettsted [www.wto.org](http://www.wto.org)). Det kan reises spørsmål ved en slik tilnærming i relasjon til GPA-avtalen, som har et tilsvarende eneleverandøruntak i artikkel XV (1) b ("Limited tendering"). Det fremgår av fortalen til direktivet punkt 7 at direktivet ble ansett for å være i samsvar med GPA-avtalen, som isolert sett kan tale for at direktivets artikkel 31 (1) bokstav b også omfatter potensielle leverandører med rettigheter etter GPA-avtalen. I norsk rett fremgår det av loven § 4 at virksomheter med rettigheter etter GPA-avtalen også har rettigheter etter loven, som er nærmere presisert i forarbeidene, jf. NOU 1997:21 kapittel 21. Dette kan tilsi at leverandører med hjemmel i GPA-avtalen gis rettigheter tilsvarende leverandører innenfor EU/EØS i norsk rett, og at vurderingen av hvorvidt det kun er én mulig leverandør etter forskriften § 14-4 bokstav c også må omfatte leverandører fra stater som er tilsluttet GPA-avtalen. GPA er imidlertid grunnleggende en folkerettslig avtale der leverandørenes hjemstat er rette klager til å iverksette tvistebehandling ved regelbrudd (DSU - Dispute Settlement Understanding, GPA-avtalen artikkel XXII). Loven § 4 kan måtte tolkes i lys av dette. I spørsmål om anvendelse av EU konkurranseregler er det i utgangspunktet avtalevirkning innen EU

som er avgjørende. Lisensordning som utelukker en US aktør fra markedsføring innen EU vil trolig ikke bli ansett som konkurranseregulerende etter TFEU artikkel 101 (1). Dette følger av Kommisjonens gruppefritak for patentordninger under artikkel 101 (3) – såkalt TTBER (jf. Kommisjonens veiledning <eur.lex.europa.eu>). Avtaler som begrenser lisenshavers rett til å selge i ett område reservert for en annen lisenshaver eller for lisensgiver vil være akseptable (TTBER art 2, jf art 4 (1) c (iv)), også om foretakene ellers skulle være konkurrenter.

- (50) I det foreliggende tilfellet er det ikke nødvendig å ta endelig stilling til markedsvurderingens rekkevidde etter forskriftens § 14-4 bokstav c. Innklagede foretok etter det opplyste en grundig markedsundersøkelse før kontraktsinngåelsen, og klagenemnda må legge til grunn at innklagede har inngående kjennskap til markedet nasjonalt og internasjonalt. Som det fremgår ovenfor under (43) legger nemnda derfor til grunn at innklagede ikke kjenner til andre produkter enn CFT-Legumin, verken i USA eller i Europa, som oppfyller innklagedes krav til ytelsen. Klager har heller ikke vist til andre leverandører som kan tilby produkter som oppfyller innklagedes behov, og som nevnt har valgte leverandør enerett for salg av CFT-Legumin i Europa.
- (51) Innklagedes krav til produktet og dets funksjoner er omfattende, hvilket er naturlig ut fra hvilket produkt det er tale om, og den funksjonen det skal tjene. Klager har heller ikke vist til andre konkrete produkter fra leverandører som kan oppfylle innklagedes behov. I brev av 4. mai 2012 har Norges Miljøvernforbund vist til flere produsenter, til støtte for anførselen om at det finnes flere produsenter i Europa som kan tenkes å utvikle alternative produkter til CFT-Legumin. Innklagede har imidlertid gitt en tilfredsstillende begrunnelse for hvorfor ingen av disse produsentene kan tilby produkter til innklagedes formål.
- (52) Innklagede har videre anført i brev datert 23. april 2012 at det ikke ville kunne produseres et alternativt produkt til bruk i Norge innen fristen, blant annet fordi det må påregnes 2 år med utprøving og kvalitetssikring før et nytt produkt kan benyttes i behandlingssammenheng. I tillegg må et eventuelt nytt produkt også utvikles, noe som vil ta tid. Sett i lys av at dette er et produkt hvor funksjonen er at produktet skal utrydde fiskebestanden i et vassdrag, finner klagenemnda det tilstrekkelig sannsynliggjort at det kun var produktet CFT-Legumin som kunne oppfylle innklagedes behov innen den angitte fristen.
- (53) På denne bakgrunn finner klagenemnda at er det tilstrekkelig sannsynliggjort at ytelsen bare kunne presteres av valgte leverandør, jf. forskriften § 14-4 c. Innklagede kunne dermed anskaffe CFT-Legumin ved å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav c, og innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse etter loven § 7b.

### ***Konklusjon:***

Direktoratet for Naturforvaltning har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 11.juni 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

