



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kraftforvaltning. Klager anførte at innklagede hadde brutt de grunnleggende kravene om konkurranse og likebehandling ved å kreve å forholde seg til én kontrakt med én hovedleverandør. Klagenemnda tok utgangspunkt i at innklagede har et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn ved vurderingen av hvilke krav som skal stilles til anskaffelsen. Under de konkrete omstendighetene fant nemnda ikke grunn til å betvile at innklagede hadde utøvd et forsvarlig skjønn, og at det dermed forelå et legitimt behov for å ha den aktuelle bestemmelsen i konkurransegrunnlaget. På denne bakgrunn kom nemnda til at innklagede ikke hadde handlet i strid med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 12. februar 2014 i sak 2012/36

Klager: Bergen Energi AS

Innklaget: Østfold fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: De grunnleggende kravene om konkurranse og likebehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1

Bakgrunn:

(1) Østfold fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. august 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kraftforvaltning. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 28. september 2011.

(2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.6 fremgikk følgende:

"Det skal gis tilbud på leveransen som helhet, jfr. Tilbudsskjemaet.

Leverandør kan benytte underleverandører, men det er hovedleverandør som er ansvarlig for at alle betingelser og forpliktelser blir innfridd i henhold til kontraktens bestemmelser.

Oppdragsgiver vil kun forholde seg til hovedleverandøren."

(3) Med henvisning til dette punktet i konkurransegrunnlaget sendte klager 15. september 2011 en e-post til innklagede med følgende spørsmål:

"Er det mulig å inngi et tilbud der det tegnes direkte leveranseavtaler med underleverandører, der det er klart definerte og adskilte leveranse- og ansvarsområder? Oppdragsgiver vil kun forholde seg til hovedleverandøren".

(4) I et skriv fra innklagede datert 20. september 2011 fremgikk følgende svar:

"Oppdragsgiver opprettholder kravet om én hovedleverandør".

- (5) I et skriv fra innklagede datert 22. september 2011 ble også følgende spørsmål og svar gjengitt:

"Spørsmål 1 [fra klager]:

Det er registrert publiserte svar på våre spørsmål. Vi er dog overrasket over at Østfold Fylkeskommune ikke vil åpne for bruk av underleverandører der det tegnes direkte leveranseavtaler. Dette er en velfungerende løsning vi har med en rekke andre offentlige aktører. Når man inviterer til en åpen anbudskonkurranse, er vel intensjonen å få inn flest mulig tilbud som kan evalueres? Vi er derfor interessert i en fyldigere tilbakemelding rundt bakgrunnen for at Østfold Fylkeskommune ikke åpner for inngåelse av direkte leveranseavtaler og dermed begrenser en reell konkurranse om tjenestene.

På grunnlag av kravspesifikasjonens utforming på nåværende tidspunkt velger vi å trekke oss fra konkurransen, og vi vil ta stilling til en mulig klage når utfallet av pågående diskusjon er avklart.

Vi imøteser deres tilbakemeldinger på dette i løpet av uken, slik at vi har en reell mulighet til å besvare konkurransen.

Svar [fra innklagede]:

Etter vår vurdering vil inngåelse av to separate kontrakter gi oss et helt annet rettslig ansvarsforhold.

Oppdragsgiver opprettholder at vi ønsker 1 leverandør for hele leveransen."

- (6) Innenfor tilbudsfristen kom det inn to tilbud, ett fra LOS AS og ett fra Fjordkraft AS (heretter kalt valgte leverandør). Innklagede informerte tilbyderne om sitt valg av leverandør i brev datert 17. november 2011. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 14. desember 2011.
- (7) I brev datert 22. desember 2011 ba klager om innsyn i både tilbudene og anskaffelsesprotokollen. Innklagede sendte dokumentene til klager 5. januar 2012.
- (8) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 2. februar 2012.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. februar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har brutt regelverkets grunnleggende krav om konkurranse og likebehandling ved å kreve i konkurransegrunnlaget at man ikke skal forholde seg til mer enn én kontrakt med én hovedleverandør. Det vises til loven § 5 første og andre ledd og forskriften § 3-1 (1) og (4).

- (11) Klager tilbyr kraftforvaltningstjenester gjennom sitt datterselskap, Bergen Energi Markets AS (BEMAS), samt andre eksterne samarbeidspartnere. Fordi BEMAS' investeringsvirksomhet er konsesjonspliktig etter verdipapirhandelloven § 9-1, har selskapet plikt til å inngå kontrakt direkte med kunden. For at klager skal kunne inngi tilbud i konkurranser som den foreliggende, er det derfor en forutsetning at oppdragsgiver åpner for at det kan inngås leveranseavtaler direkte med BEMAS. Når innklagede krever én kontrakt med én hovedleverandør, utelukker dette klager fra å inngi tilbud. Et slikt krav, som i praksis ekskluderer enhver leverandør som ikke selv tilbyr kraftforvaltningstjenester, virker urimelig begrensende på konkurransen.
- (12) Innklagede har ingen saklige grunner til å stille nevnte krav. Ved inngåelse av rammeavtale med klager, ville det ikke vært nødvendig for innklagede å forholde seg til andre enn klager som kontaktperson, fordi klager ville stått for administrasjon og koordinasjon av samarbeidet. Tjenestene som henholdsvis klager og BEMAS leverer, er videre såpass definerte og uavhengige av hverandre at det ikke kan være tvil om hvem som er rett saksøkt for et eventuelt kontraktsbrudd. Som tilbyder i konkurransen ville klager gitt tilbud på leveransen som helhet, og forpliktet seg (gjennom sine samarbeidspartnere) til å tilby en totalleveranse for hele perioden, typisk ved å signere en forpliktelseserklæring.

Innklagedes anførsler:

- (13) Kravet om å forholde seg til én hovedleverandør er ikke i strid med regelverket. Kravet er basert på en vurdering av de faktiske og rettslige konsekvensene av å måtte forholde seg til flere leverandører. For innklagede ville dette gjort det vanskelig å gjennomføre kontraktsforholdet på en effektiv og praktisk håndterbar måte. Den aktuelle rammeavtalen er en sammensatt og kompleks tjeneste som skal ytes til en rekke ulike kommunale, fylkeskommunale og statlige myndigheter.
- (14) Uansett om klager vil ha den faktiske kontakten med de deltakende organene, er det en grunnleggende forskjell på underleverandører (som innklagede åpner for) og sideleverandører. Kontrakten skal vare i 4 år, og ved sideordnede kontrakter vil det ikke være noen garanti fra klager om en totalleveranse i hele kontraktsperioden. En avvikling, konkurs eller et konsesjonstap hos én av sideleverandørene vil også stille innklagede i en mer uklar rettslig situasjon sammenlignet med situasjonen der innklagede kun har én ansvarlig leverandør å forholde seg til. Innklagede har derfor legitim grunn til å sette et slikt krav i konkurransegrunnlaget.
- (15) Kravet medfører under enhver omstendighet ikke en urimelig begrensning av konkurransen. Innklagede mottok to fullstendige tilbud i konkurransen. Dette viser at det var mulig å gjennomføre en konkurranse om de aktuelle tjenestene. På forespørsel fra innklagede har valgte leverandør uttalt at det anses som vanlig praksis i kraftmarkedet at kunder forholder seg kontraktsmessig til én hovedleverandør og at det var mulig for minst 90 % av aktørene i markedet å gi tilbud på innklagedes kunngjøring.
- (16) Det kan uansett ikke forventes at innklagede har spesialkunnskap om verdipapirhandelloven og eventuelle begrensninger denne setter i det konkrete markedet. Dersom verdipapirhandelloven innebærer at klager utelukkes fra å delta i konkurranser som den foreliggende, er dette noe som klager må avklare på et høyere rettslig nivå, eller på annen måte ordne selv, for eksempel ved å vurdere om BEMAS kan stå som hovedleverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har ikke deltatt i konkurransen, angivelig som følge av bestemmelsen i konkurransegrunnlaget som her er påklaget. Klager har saklig klageinteresse i å få prøvd denne anførselen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 og klagenemndas praksis, se blant annet sak 2013/55 premiss (15). Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kraftforvaltningstjenester med CPV-nummer 71314100-3 ("*El-tjenester*"), 71314200-4 ("*Energiforvaltning*") og 71314300-5 ("*ENØK-rådgivning*") som alle er prioriterte tjenester i tjenestekategori 12. Anskaffelsens verdi er ikke angitt verken i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men konkurransen er kunngjort gjennom en nasjonal kunngjøring etter forskriften del I og II. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (18) Saken gjelder innklagedes krav i konkurransegrunnlaget om at det skal inngås én kontrakt med én leverandør for tjenesten som helhet. Klager har anført at dette kravet forhindrer dem fra å inngi tilbud, at konkurransen om den aktuelle rammeavtalen dermed begrenses på en urimelig måte, og at innklagede ikke har et legitimt behov for å oppstille et slikt krav.
- (19) Klager har ikke nærmere underbygget anførselen om at bestemmelsene i verdipapirhandelloven forhindrer klager fra å levere et tilbud som ikke gir innklagede mer enn én kontraktspart å forholde seg til. Det er imidlertid ikke bestridt at det finnes en teoretisk mulighet for å la datterselskapet Bergen Energi Markets AS (BEMAS) stå som hovedleverandør, men at kostnadene ved en slik løsning for klager vil bli svært store. Klagenemnda legger etter dette til grunn at klager, reelt sett, ikke kan bruke BEMAS verken som hovedleverandør eller underleverandør, og at bestemmelsen i konkurransegrunnlaget dermed utelukker klager fra å inngi tilbud.
- (20) Spørsmålet er om innklagede med dette har begrenset konkurransen om den aktuelle rammeavtalen på en måte som er i strid med regelverket.
- (21) Utgangspunktet er at det faller inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å bestemme på hvilken måte det er mest hensiktsmessig å gjennomføre en planlagt anskaffelse, herunder i hvilken grad forskjellige ytelser skal kjøpes inn samlet, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/198 premiss (22). Dette skjønnet kan klagenemnda bare i begrenset grad overprøve. Det følger av forskriften § 8-1 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal opplyse i konkurransegrunnlaget om det kan gis tilbud på "*deler av oppdraget*". Det er altså opp til oppdragsgiver å bestemme om man vil åpne for deltilbud, eller om leverandørene må inngi tilbud på hele oppdraget. Det samme må gjelde i et tilfelle som det foreliggende, hvor innklagede ønsker at det skal inngås én kontrakt med én leverandør for hele anskaffelsen.
- (22) Til støtte for dette vises til artikkel 46 ("*Division of contracts into lots*") i EU-kommisjonens forslag til nytt direktiv om offentlige anskaffelser (vedtatt 15. januar 2014 av Europaparlamentet), hvor det fremgår at oppdragsgiver "*may decide to award a contract in the form of separate lots*". I fortalen (avsnitt 78) står det om dette at:

"The contracting authority should have a duty to consider the appropriateness of dividing contracts into lots while remaining free to decide autonomously on the basis

of any reason it deems relevant, without being subject to administrative or judicial supervision." (Uthevet her)

- (23) Dette gir uttrykk for at oppdragsgiver bør ha stor frihet til å bestemme om det er hensiktsmessig å inngå én kontrakt for hele oppdraget, eller om anskaffelsen bør deles opp i flere kontrakter. Oppdragsgivers valg om å la være å dele opp anskaffelsen vil, etter den nye reguleringen, ikke kunne overprøves rettslig.
- (24) I det foreliggende tilfellet har innklagede begrunnet kravet om å forholde seg til én leverandør med at dette vil gjøre det mulig å gjennomføre kontraktsforholdet på en mer effektiv og praktisk håndterbar måte. Det er vist til at rammeavtalen gjelder for en rekke selvstendige organer, selskaper og organisasjoner i Østfold, og at innklagedes kontraktsrettslige posisjon blir mer komplisert i et kontraktsforhold med to sideordnede leverandører.
- (25) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har utøvd et uforsvarlig skjønn på dette punkt. Klagers anførsel om at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til konkurranse og likebehandling fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Østfold fylkeskommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 12. februar 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven