



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjaldt innklagedes kjøp av skinnekontakter, verktøy og redskap mv. fra én leverandør. Klagenemnda kom til at kjøp fra ulike innkjøpsuavhengige enheter hos innklagede måtte vurderes hver for seg, og da var det ingen av kjøpene som oversteg kunngjøringsgrensen på kroner 500 000. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte således ikke frem. Klagers øvrige anførsel om brudd på regelverket, ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 28. januar 2014 i sak 2012/79

- Klager:** Skagen Konsult DA
- Innklaget:** Jernbaneverket
- Klagenemndas medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Kai Krüger
- Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Gjennom 121 større eller mindre anskaffelser (fra ca. 500 kroner til ca. 60 000 kroner) i 2010 og 113 tilsvarende anskaffelser i 2011, har innklagede kjøpt varer av Cembre AS for henholdsvis kroner 2 044 707 og kroner 1 326 357. Innklagede har ingen rammeavtale med firmaet.
- (2) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 16. april 2012.
- (3) Det fremgår av kunngjøring i Foretaksregisteret datert 27. februar 2013 at selskapet Skagen Konsult DA (heretter kalt klager) er oppløst.
- (4) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. januar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (5) Innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved at man over et lengre tidsrom har kjøpt skinnekontakter og diverse tilleggsutstyr fra Cembre AS for mer enn kroner 500 000, uten å kunngjøre kontraktene på forhånd. Alle kjøpene har gått gjennom samme innkjøpssystem og har samme fakturaadresse. Kjøpene må derfor ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsenenes verdi.
- (6) Innklagede har videre brutt regelverket ved å begrense konkurransen på kjøp av de aktuelle produktene. Siden 1991 har innklagede kjøpt sine varer fra Cembre AS uten å invitere andre leverandører til å konkurrere om kontraktene. Dette selv om det finnes

leverandører på markedet, herunder klager, som kan konkurrere med Cembre på både pris og kvalitet.

Innklagedes anførsler:

- (7) De ulike kontraktene med Cembre AS, som er inngått "*med regelmessige mellomrom*", skal ikke ses i sammenheng etter forskriften § 2-3 (11), fordi det ikke gjelder kontrakter "*av samme type*". Kjøpene fra Cembre gjelder varer av ulike kategorier, foretatt av ulike innkjøpsuavhengige enheter, og som skal dekke ulike behov hos innklagede. Verdien av anskaffelsene i hver kategori er under kroner 500 000, og anskaffelsene skulle derfor ikke vært kunngjort.
- (8) Når det gjelder innkjøpene i 2010 på til sammen kroner 982 883 av Banedivisjonen, er dette driftsanskaffelser som i realiteten er foretatt av ulike enheter hos innklagede, men som innklagede har besluttet at skal føres samme sted i regnskapet. Enheten Banedivisjonen er delt inn i ulike prosjektnumre for å kunne identifisere hvilke kjøp de ulike enhetene har foretatt. De ulike enhetene disponerer egne budsjettposter som blir tildelt årlig. Ved beregningen av anskaffelsenenes verdi må kjøp fra de ulike enhetene som inngår i Banedivisjonen vurderes hver for seg. Ingen av kjøpene fra den enkelte enhet overstiger kroner 500 000.

Klagenemndas vurdering:

- (9) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse ved kjøp av ulike typer skinnekontakter (kontakt for signal, jording og returstrøm for bruk til jernbaneskinner), verktøy og redskap for installasjon av skinnekontakter, samt nødvendige tilleggsprodukter (skruer, kjølevæske, krafthylser, kabelsko o.l.), fra selskapet Cembre AS. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.
- (10) Klager har også anført at innklagedes generelle innkjøpspraksis er begrensende for konkurransen på det aktuelle markedet, ved at innklagede ved sine enheter utelukkende kjøper produkter fra Cembre AS, selv om det finnes konkurransedyktige alternativer. Det kan reises spørsmål ved om denne innkjøpspraksisen bryter med det grunnleggende kravet om konkurranse i loven § 5 andre ledd. Slik saken er opplyst, er det imidlertid ikke mulig å ta stilling til dette. Ettersom klagers selskap er oppløst, har klager uansett ikke saklig klageinteresse i å få prøvd denne anførselen, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd, sml. sekretariatets avvisninger i sakene 2012/138 og 2011/30.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (11) Klagenemnda for offentlige anskaffelser har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr til offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (12) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.

- (13) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (14) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder forhold før 1. juli 2012, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (15) Av klagenemndsforordningen § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår videre at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse er mottatt, jf. loven § 7b tredje ledd siste punktum. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 17. april 2012.
- (16) Klager har vist til et ubestemt antall kontrakter om kjøp av skinnkontakter mv. som innklagede har inngått med Cembre AS i perioden 2006-2011. Med bakgrunn i ovennevnte toårsfrist, er klagen foreldet hva gjelder kontrakter inngått før 17. april 2010, jf. loven § 7b tredje ledd siste punktum. For øvrige kontrakter, inngått 17. april og seinere, er klagen rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (17) Det følger av loven § 7b første ledd, slik den lød før 1. juli 2012, at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse *"som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*. Av forskriften § 2-1, jf. § 9-1, fremgår det at alle anskaffelser over 500 000 kroner ekskl. mva. er kunngjøringspliktige.
- (18) Anskaffelsens verdi skal i henhold til forskriften § 2-3 (1) beregnes på grunnlag av *"oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen"*.
- (19) Saken gjelder 110 ulike kjøp av varer i 2010 og 113 kjøp i 2011, samtlige fra Cembre AS. Ingen av enkeltkjøpene overstiger isolert sett kunngjøringsgrensen på kroner 500 000 og beløpsgrensen er etter det opplyste heller ikke overskredet for noen av de ulike innkjøpsenhetene. Til sammen utgjør imidlertid innkjøpene kroner 2 044 707 for år 2010 og kroner 1 326 357 for år 2011.
- (20) Problemstillingen er da om noen av kjøpene skal ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsens verdi.
- (21) Innklagede har gjort gjeldende at de aktuelle kjøpene fra Cembre AS er foretatt av forskjellige innkjøpsuavhengige enheter hos innklagede, og at kjøp fra de ulike enhetene må vurderes adskilt ved beregningen av anskaffelsens verdi.
- (22) Klagenemnda har tidligere behandlet spørsmålet om hva som utgjør innkjøpsuavhengige enheter. I sak 2011/62 uttalte nemnda i premiss (173) at dette i hovedsak gjelder enheter *"som har eget budsjett, selvstendig innkjøpsansvar, foretar en anskaffelse som bare er til denne enheten, og som kan inngå kontrakt uten godkjenning"*, jf. også sak 2007/79 i

premiss (32) flg. Lignende momenter fremgår også på side 54 i Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013).

- (23) I det foreliggende tilfellet har innklagede fremlagt dokumentasjon som viser at kjøpene fra Cembre AS, både i 2010 og 2011, er foretatt av 26 ulike enheter (såkalte koststeder). Disse enhetene, påpeker innklagede, er enheter med selvstendig innkjøpskompetanse, som har sine egne budsjett, og som foretar anskaffelser beregnet på den bestemte enhetens virke, uten godkjenning fra overordnet oppdragsgiver (Jernbaneverket). Dette gjelder også anskaffelsene på til sammen kroner 982 883 av Banedivisjonen i 2010, hvor kjøpene er delt inn i ulike prosjektnumre som skiller de ulike enhetene fra hverandre.
- (24) Klagenemnda har ikke holdepunkter for å bestride de ovennevnte opplysningene fra innklagede. På denne bakgrunn må innklagedes innkjøpsfaglige enheter vurderes hver for seg ved beregningen av anskaffelsens verdi.
- (25) Ettersom den samlede årlige faktiske verdien av kontraktene for hver enkelt innkjøpsenhet ikke overskrider kunngjøringsgrensen på kroner 500 000, er kontraktene dermed ikke kunngjøringspliktige i medhold av forskriften § 2-3 (11). Det er heller ikke noen andre av reglene i § 2-3 som kommer til anvendelse.
- (26) Innklagede har således ikke foretatt noen ulovlige direkte anskaffelser etter forskriften § 2-1 jf. § 9-1.

Konklusjon:

Jernbaneverket har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagers øvrige anførsel ble ikke behandlet.

Bergen, 28. januar 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger