



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Næringslivets Hovedorganisasjon
Postboks 5250 Majorstuen

0303 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2012/0105-18

Dato:
09.11.2012

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 20. desember 2010 vedrørende ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemndas sekretariat 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 fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Forsvarets logistikkorganisasjon/Forsyning (heretter kalt innklagede) inngikk i 2007 en rammeavtale med Tools Norge AS om levering av verktøy og verkstedsmateriell til Forsvarsdepartementet og alle dets underliggende etater. Rammeavtalen trådte i kraft 1. oktober 2007 og hadde en varighet på to år, jf. kontraktens punkt 21. I tillegg kunne innklagede forlenge avtalen med inntil to år.
- (2) I vedlegg A "*Leveringsomfang*" fremgikk det at kontrakten omfattet følgende varegrupper:

<i>"Varegrupper</i>
<i>Verktøy og verkstedsmateriell</i>
<i>BESLAG</i>
<i>BILVERKSTEDUTSTYR</i>
<i>BYGGEVARER</i>
<i>ELEKTROVERKTØY</i>
<i>FESTEMATERIELL</i>
<i>HÅNDVERKTØY</i>
<i>INDUSTRIGUMMI</i>

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00
Telefaks: +47 55 59 75 99

postmottak@kofa.no
www.kofa.no

INDUSTRIREKVISITA
KJEMISKE PRODUKTER
KULE- RULLELAGER- TRANSMISJONER
LØFTEUTSTYR
MANSKIN- OG SPENNVERKTØY
MASKINER
METALLER-STÅL
MÅLE- OG MERKEVERKTØY
OPPBEVARING OG INNREDNING
REDSKAP (HUS-HAGE-FRITID)
RENGJØRING- SPESIALRENGJØRING INDUSTRI
SKJÆRENDE VERKTØY
SLIP OG KAPP
STIGER – TRAPPER
SVEIS – LODDING – INDUSTRIAVSUG
TETNINGER – PAKNINGER
TRANSPORTUTSTYR
TRYKKLUFT"

- (3) Innklagede har opplyst at Forsvaret også har en rammeavtale med Tools Norge AS om levering av arbeidsklær.
- (4) Ved brev 20. desember 2010 klaget Næringslivets Hovedorganisasjon innklagede inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser med påstand om at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser. Klagen ble fremmet på bakgrunn av kapittelet om Forsvarsdepartementet i Riksrevisjonens rapport vedrørende revisjon og kontroll for budsjettåret 2009 (Dokument 1 2010-2011 Forsvarsdepartementet). Her fremgår blant annet følgende på side 134:

"2.1.4 Driftsanskaffelser

[...]

Kontrollen har også avdekket avrop på utgåtte rammeavtaler og at det anskaffes artikler som ikke var omfattet av avtalene. Blant annet er det avdekket at det er foretatt to betydelige anskaffelser hos en større leverandør, hvor anskaffelsene omfattet over 50 prosent artikler som ikke inngikk i rammeavtalen. Slike anskaffelser er da i realiteten direkte anskaffelser uten konkurranser."

- (5) Klagenemnda varslet innklagede om klagen ved brev 28. desember 2010.
- (6) I e-post 11. mars 2011 ba klagenemnda om en nærmere redegjørelse for de kjøpene som var beskrevet i Riksrevisjonens rapport punkt 2.1.4.
- (7) Innklagede besvarte henvendelsen ved brev 13. april 2011. Her fremgikk følgende om de kjøp riksrevisjonen mente var foretatt hos en rammeavtaleleverandør uten hjemmel i avtalen:

"Anskaffelsene som nevnes i Riksrevisjonens rapport 2009 omhandler to avrop mot Tools Norge AS (heretter TOOLS). Disse innkjøpene har innkjøpsordrereferanse

4500244519 (avrop 1) & 4500238252 (avrop 2) i Forsvarets ERP system. Avropene er på henholdsvis kr 1.752.818,44 (avrop 1) og 1.003.068,00 (avrop 2) inklusive MVA. Fakturadato er 25. mars 2009 for begge fakturaene. Bestillingene er påbegynt saksbehandling hos TOOLS 25. februar 2009."

- (8) I e-post 7. mars 2012 opplyste innklagede for klagenemnda at de summene som fremgikk av fakturaene fra Tools Norge AS var inkludert merverdiavgift.
- (9) Innklagede sendte 27. mars 2012 kopi av de aktuelle fakturaene, med faktura nummer 461457 og 458104, til klagenemnda. Av fakturaene fremgikk det hvilke varer innklagede hadde anskaffet. Faktura nummer 458104, pålydende 1 003 067,50 kroner, gjaldt kjøp av forskjellig utstyr til et rørleggerverksted, slik som for eksempel rør, murerskjeer, rørtenger og sandfang.
- (10) Faktura 461457, pålydende 1 752 818,44 kroner, gjaldt kjøp av en rekke forskjellige varer. En del av varene var omfattet av avtalene med Tools Norge AS om levering av verktøy, verkstedsmateriell og arbeidsklær. En del av kjøpene gjelder imidlertid dagligvarer, datautstyr, kontorutstyr og friluftsutstyr, som ikke omfattes av innklagedes rammeavtaler med Tools Norge AS. En oversikt fra innklagede viser at disse kjøpene beløper seg til 553 738,50 kroner inklusive merverdiavgift.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører på bakgrunn av opplysningene i Riksrevisjonens årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2009 at innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser fra Tools Norge AS av varer som ikke var omfattet av rammeavtalen med selskapet.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede har ikke foretatt ulovlige direkte anskaffelser fra Tools Norge AS.
- (13) Alle kjøp som fremgår av faktura nummer 458104 gjelder rør og rørleggerutstyr som var omfattet av rammeavtalen med selskapet. Dette var forbruksmaterieell til et rørleggerverksted sendt til Tsjad som en del av en Theater Enabling Force (TEF), for å etablere nødvendig infrastruktur til feltsykehuset som var hovedelementet i Norges bidrag til FNs operasjon MINURCAT i Tsjad.
- (14) Når det gjelder faktura nummer 461457, erkjenner innklagede at det her fremgår kjøp av sivile forbruksvarer som ikke var omfattet av rammeavtalen med Tools Norge AS. Kjøpet av sivile forbruksvarer var imidlertid ikke en ulovlig direkte anskaffelse, da vilkårene for å foreta en hasteanskaffelse etter forskriften § 14-4 bokstav d var oppfylt. Ettersom anskaffelsen var ledd i et oppdrag gitt av FN, ligger oppdraget utenfor innklagedes beslutningsmyndighet. Regelverket om offentlige anskaffelser er ment å regulere anskaffelser som dekker offentlige myndigheters interne behov, og ikke behov som fremkommer i en krisesituasjon. Forskriftens krav om at oppdragsgiver ikke kunne forutse de særlige forhold som begrunner hasteanskaffelsen, må også ses i sammenheng med at anskaffelsen var ledd i en internasjonal operasjon. Innklagede har med sitt beredskapssystem krav om å være forutseende, men når det gjaldt oppdraget i Tsjad kan ikke dette ansvaret gå lenger enn at innklagede skulle stille med en tilgjengelig

sykehuskapasitet. Innklagede kan heller ikke reservere seg for begivenheter hvor liv og helse står i fare.

- (15) Det var heller ikke mulig for innklagede å overholde fristene i forskriften ved gjennomføringen av anskaffelsen. Forhandlingene om FN-oppdraget startet i begynnelsen av mars 2009. Det er usikkert når enigheten om oppdraget ble formelt underskrevet. Bidraget til Tsjad ble sendt med 27 flyavganger. Innklagede har ikke oversikt over alle flyavgangene, men fly nr. 7 hadde avgang 14. april 2009. Det meste av materiellet som omfattes av saken ble sendt med fly nr. 2, som det må antas at hadde avgang før 14. april 2009. Dette ga et minimum med tid til å overholde fristene på 30 dager for begrenset anbudskonkurranse og 45 dager for åpen anbudskonkurranse i forskriften kapittel 19.
- (16) Før innklagede gjennomførte kjøpene fra Tools Norge AS, kontaktet innklagede gjeldende avtaleleverandører for å sjekke om de kunne levere varene innen de svært korte fristene som forelå, og aktuelle leverandører av varene for å sjekke om det var grunnlag for konkurranse. Denne kommunikasjonen foregikk i stor grad per telefon, og kan derfor ikke dokumenteres.

Sekretariatets vurdering:

- (17) Saken gjelder spørsmål om avropene innklagede gjorde på rammeavtalen med Tools Norge AS, og som ble fakturert 25. mars 2009, var å anse som ulovlige direkte anskaffelser, og om det skal ilegges gebyr for disse anskaffelsene.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken og regelverkets anvendelse

- (18) 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.
- (19) 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.
- (20) 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 eller senere.
- (21) 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. Ettersom foreliggende sak gjelder kjøp som er foretatt i 2009, er klagenemnda rette myndighet til å behandle saken.
- (22) Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at det er mottatt en klage med påstand om at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Foreliggende sak gjelder bestillinger som ble påbegynt hos Tools Norge AS 25. februar 2009, jf. innklagedes brev 13. april 2011.

Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev 20. desember 2010, og meddelt innklagede ved klagenemndas brev 28. desember 2010. Klagen er etter dette rettidig.

- (23) Det er ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder ulovlig direkte anskaffelser, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a.

Spørsmålet om avropene på rammeavtalen med Tools Norge AS er ulovlige direkte anskaffelser

- (24) Etter loven § 7b første ledd kan klagenemnda ilegge overtredelsesgebyr dersom *"oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse"*. I samme paragraf er en ulovlig direkte anskaffelse definert som *"en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven"*.
- (25) Utgangspunktet i forskriften er at alle anskaffelser hvis verdi overstiger 500 000 kroner eksklusive merverdiavgift skal kunngjøres, jf. forskriften § 9-1/18-1, jf. § 2-1 (2), jf. § 2-2 (1).
- (26) Varene innklagede kjøpte fra Tools Norge AS, og som ble fakturert 25. mars 2009, hadde en samlet verdi på 2 755 885,94 kroner inklusive merverdiavgift. Samlet har altså kjøpene er verdi som overstiger grensen for kunngjøringsplikt. Klagenemndas sekretariat vil i det følgende vurdere om hele eller deler av anskaffelsen var unntatt fra kunngjøringsplikt.
- (27) Dersom en kontrakt som inngås mellom en offentlig oppdragsgiver og en leverandør er et avrop som gjøres med hjemmel i en rammeavtale som er kunngjort i henhold til regelverket, foreligger det ikke en ulovlig direkte anskaffelse etter loven § 7b, jf. klagenemndas sak 2011/181 premiss (31) med videre henvisninger.
- (28) Innklagede inngikk rammeavtale med Tools Norge AS i 2007 om levering av verktøy og verkstedsmateriell. I tillegg har innklagede opplyst for klagenemndas sekretariat at forsvaret hadde en rammeavtale med Tools Norge AS om levering av arbeidsklær. Avgjørende for om kjøpene som fremgår av fakturaene fra 25. mars 2009 er omfattet av rammeavtalene med Tools Norge AS er derfor om de etter sin art kan anses som verktøy, verkstedsmateriell eller arbeidsklær.
- (29) Faktura nummer 458104, gjelder kjøp av utstyr til et rørleggerverksted, blant annet rør, murerskjeer, rørtenger og sandfang. Denne type varer er klart omfattet av rammeavtalen med Tools Norge AS om levering av verktøy og verkstedsmateriell. Ettersom de kjøp som fremgår av faktura nummer 458104 har hjemmel i rammeavtale mellom innklagede og Tools Norge AS, utgjør kjøp av disse varene ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (30) Fakturanummer 461457 gjelder kjøp av en rekke ulike typer varer. En del av varene, slik som for eksempel maleruller, dysesett, murbøtter og forskaling, er etter sin art omfattet av rammeavtalene mellom innklagede og Tools Norge AS, og er dermed lovlig anskaffet. Øvrige kjøp som fremgår av faktura nummer 461457 gjelder i hovedsak dagligvarer, datautstyr, kontorutstyr og friluftsutstyr, som etter sin art ikke kan karakteriseres som verktøy, verkstedsmateriell eller arbeidsklær, og som dermed ikke er omfattet av rammeavtalen mellom innklagede og Tools AS. Dette er også erkjent av innklagede.

- (31) En gjennomgang av faktura nummer 461457 viser at varene som ikke var omfattet av rammeavtalene med Tools Norge AS har en verdi på 553 738,50 kroner inklusive merverdiavgift. Som det fremgår over, er det kun anskaffelser som overstiger 500 000 kroner eksklusive merverdiavgift som må kunngjøres. Klagenemndas sekretariat har ikke fått opplyst nøyaktig kostnad for de varene som ikke var omfattet av rammeavtalene eksklusive merverdiavgift, men det må, som følge av satsene for merverdiavgift, legges til grunn at denne summen er vesentlig under 500 000 kroner. Innklagede hadde dermed ikke plikt til å kunngjøre anskaffelsen av varene som ikke var omfattet av rammeavtalene med Tools Norge AS. Klagenemndas sekretariat finner på denne bakgrunn at innklagede ikke har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (32) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Erlend Pedersen
gruppeleder (e.f.)

Linda Midtun
rådgiver

Kopi til:

Forsvaret