



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede har foretatt en direkte anskaffelse av flytting og oppgradering av en skipsbrosimulator. Innklagede har vist til unntaket fra kunngjøringsplikten for eneleverandørtilfellene i forskriften § 14-4 bokstav c som hjemmel for direkte anskaffelsen. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde dokumentert at det kun var valgte leverandør som kunne gjennomføre den aktuelle kontrakten, og at vilkårene for å unnlate kunngjøring dermed ikke var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 3. februar 2015 i sak 2014/31

Klager: Transas Marine International

Innklaget: UiT Norges arktiske universitet

Klagenemndas

medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven, Kai Krüger

Bakgrunn:

- (1) UiT Norges arktiske universitet (heretter innklagede) kunngjorde 5. mars 2014 en intensjonskunngjøring der det fremgikk at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Kongsberg Maritime Simulation (heretter valgte leverandør) om flytting og oppgradering av skipsbrosimulator. Det fremgikk at grunnen til at kontrakten ville bli tildelt uten forutgående kunngjøring, var at anskaffelsen kun kunne prestes av valgte leverandør, jf. forskriften § 14-4 bokstav c. Anskaffelsens verdi ble angitt til 9,6 millioner kroner.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen at kontrakten gjaldt følgende:

"UIT Norges arktiske universitet har en eldre eksisterende Polaris navigasjons-simulator som skal flyttes til Teknologibygget. For å tilby høykvalitets trening for elevene, skal den eksisterende simulatoren fornyes, ved å gjenbruke eksisterende hardware og software samt supplere med nye versjoner av produkter, innebefattet en skipsstyringsenhet dynamisk posisjonering, og DP basic.

Anskaffingen gjelder følgende:

- 1. Demontering og pakking av deler/utstyr som gjenbrukes*
- 2. Fornying av paneler og konsoller*
- 3. Oppgradering av voice loop*
- 4. Installasjon av broene*
- 5. Bro D*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- 6. Nye Prosjektører bro A
- 7. K Pos DP basic og DP 2
- 8. CCTV
- 9. Slave back for instruktør"

- (3) Som begrunnelse for at kun valgte leverandør kunne utføre kontrakten fremgikk følgende:

"Kongsberg Maritime har levert eksisterende simulatorpark, og er den eneste leverandør som kan demontere den i gamle lokaler og montere den i nye lokaler. Kongsberg Maritime er også den eneste som kan oppgradere eksisterende teknologi siden dette er patenterte produkter."

- (4) I kjøpsavtalen som ble inngått med valgte leverandør i 2004 fremgår følgende i punkt 4.4:

"Unless specifically allowed in the Form of Agreement, the Purchaser shall not copy, reproduce, modify, adapt, translate, reverse engineer, decompile, or disassemble the Computer Software or the Documentation. The Purchaser shall not develop derivative work which is intended to be functionally equivalent substitutes for the Computer Software, the Documentation or parts thereof."

- (5) I kjøpsavtalen punkt 22.2 fremgikk følgende:

"The Computer Software and Documentation constitute highly valuable property of the Contractor and contain IPR trade secrets and confidential information owned by the Contractor. The purchaser shall observe confidentiality with respect to the Computer Software, Documentation and performance data."

- (6) Klager sendte en e-post til innklagede 12. mars 2014, og spurte hvorfor innklagede kun henvendte seg til valgte leverandør uten å kunngjøre en konkurranse om anskaffelsen. Klager opplyste videre at klager kunne tilbudt en bedre pris enn valgte leverandør. Om klagers evne til å oppfylle kontrakten fremkom følgende:

"Demontering og pakking av deler/utstyr som gjenbrukes: Transas har vel kvalifiserte teknikere og kan re-bruke Kongsberg deler i en gjenoppbygging.

Fornyning av paneler og konsoller: Transas kan fornye paneler og konsoller for dere.

Oppgradering av voice loop: Vennligst klargjør "Voice loop" og Transas kan med sikkerhet lage en løsning for dere.

Installasjon av broene: Transas har mange referanser for bygging av simulator broer som kan verifisere vår kapasitet for å installere simulator bro til dere.

Bro D: Antar dette er en navigasjonsbro, som vi kan gjennomføre i alle aspekter.

Nye Prosjektører bro A: Transas kan levere dette.

K Pos DP basic og DP 2: Transas samarbeider med NAVIS, Rolls-Roys, MT og L3, og kan integrere deres DP til Transas simulator.

CCTV og Slave back for instruktør: Transas har CCTV og Slave back funksjonalitet i våres simulator SW system".

- (7) Innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør er inngått.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. mars 2014.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. februar 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjennomføre anskaffelsen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring med hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav c. Klager kunne utført oppdraget til en lavere pris enn valgte leverandør.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Det var ikke i strid med regelverket å gjennomføre anskaffelsen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 bokstav c. Utstyret som skulle flyttes måtte monteres forsvarlig, samt monteres og oppgraderes på ny lokasjon. Dette forutsetter inngående kjennskap til software og hardware levert av valgte leverandør. Klager leverer en software som ikke er kompatibel med software levert av valgte leverandør. Dette medfører at klager enten måtte skifte all software for montering på ny lokasjon, eller få tilgang til den software som er levert av valgte leverandør. Det var utelukket for innklagede å skifte all software, da hovedformålet med anskaffelsen var å flytte simulatoren. Den eneste tilpasningen av software gjelder tilkobling til bevegelig plattform. Innklagede kan heller ikke gi klager eller andre tilgang til hardware og software som er levert av valgte leverandør, da dette er beskyttet av enerett.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Konkurransen gjelder flytting og oppgradering av skipsbrosimulator som er en tjenesteanskaffelse. For klager som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse, er det etter ikke krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a. Klagen er rettidig. Anskaffelsens verdi er i intensjonskunngjøringen angitt til 9,6 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Klagenemndas behandling av spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse

- (13) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b, slik den lød før 1. juli 2012, til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (14) Den 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.
- (15) De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene. De nye reglene gjelder 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. Ettersom kontrakt i dette tilfellet er inngått etter 1. juli 2012, gir klagenemnda en rådgivende uttalelse i saken.

Betydningen av intensjonskunngjøringen

- (16) Innklagede har i foreliggende sak foretatt en intensjonskunngjøring der det fremgikk at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør om flytting og oppgradering av skipsbrosimulator. Deretter inngikk innklagede kontrakt med valgte leverandør.
- (17) Av forskriften § 18-3a om intensjonskunngjøringer fremgår følgende: *"Oppdragsgiver som anser at det foreligger hjemmel for å tildele en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med § 18-3 (kunngjøring av konkurranse), kan etter at tildeling er besluttet, kunngjøre at kontrakt vil bli inngått."*
- (18) Av forskriften § 22A-1 (1) bokstav a fremgår det at retten skal kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Av bestemmelsens andre ledd fremgår det at: *"Ved en ulovlig direkte anskaffelse kan retten likevel ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter første ledd bokstav a når oppdragsgiver har kunngjort i tråd med § 18-3a (intensjonskunngjøring) og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen."*
- (19) Ettersom innklagede i foreliggende tilfelle har foretatt en intensjonskunngjøring, kan retten som utgangspunkt ikke kjenne kontrakten ugyldig. Det er lagt til domstolene å vurdere om en kontrakt skal kjennes uten virkning, og klagenemnda går ikke nærmere inn på dette spørsmålet. Systemet i forskriften er at vurderingen av om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og hvorvidt kontrakten kan kjennes uten virkning, er to separate vurderinger. Det fremgår også av ordlyden i forskriften § 22A-1 (1) bokstav a at det kan foreligge en ulovlig direkte anskaffelse selv om kontrakten ikke kan kjennes uten virkning.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (20) Innklagede har tildelt en kontrakt om flytting og oppgradering av skipsbrosimulator til valgte leverandør uten forutgående kunngjøring. Anskaffelsen skulle etter sin art og verdi som utgangspunkt ha blitt kunngjort, jf. forskriften § 18-1 (1), og den kan derfor utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. § 4-1 bokstav q.
- (21) Innklagede hevder at kunngjøring kunne unnlates med hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav c. Bestemmelsen gjør unntak for kunngjøringsplikt der ytelsen av *"tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør"*. Hensynet bak unntaksbestemmelsen er at det er unødvendig å avholde en konkurranse, når det uansett kun er én mulig leverandør som kan inngi tilbud.
- (22) Forskriften § 14-4 bokstav c gjennomfører forpliktelsene etter EU-direktiv 2004/18/EF artikkel 31 (1) bokstav b i norsk rett. EU-domstolen har i en rekke dommer, eks. sak C-337/05, lagt til grunn at unntaksbestemmelser skal tolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene er oppfylt. Dette, sammenholdt med loven § 5 om at anskaffelser *"så langt det er mulig [skal] være basert på konkurranse"* taler for å tolke forskriften § 14-4 bokstav c restriktivt. I direktiv 2014/24 er tilsvarende

unntaksbestemmelser fra kunngjøringsplikten videreført i artikkel 32 (2) bokstav b. Det fremgår her at unntakene kun kommer til anvendelse dersom *"der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning, og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig innskrænkning af udbudsparametrene"*.

- (23) Det første alternativet, av tekniske grunner, dekker eksempelvis omsetningsbegrensninger, produksjonsbegrensninger eller at det er en teknisk avhengighet mellom tidligere prosjekter hos oppdragsgiver og det som skal utføres. Vilåret kan eksempelvis være oppfylt der det kun er én leverandør som har produkter som er kompatible med produkter oppdragsgiver allerede har, sml. også forskriften § 17-3 (10). Begrunnes unntaksbestemmelsen med at det foreligger en teknisk sammenheng mellom tidligere og nye prosjekter, og at samme leverandør derfor må utføre arbeidene, må oppdragsgiver godtgjøre at vanskelighetene knyttet til den tekniske sammenheng ikke kan overvinnes dersom en annen utfører de nye prosjektene jf. EU-domstolens sak C-57/94 premiss 18.
- (24) Unntaket for beskyttelse av enerett peker på tilfeller hvor det kun er én leverandør som har enerett på å utføre ytelsen, eksempelvis der ytelsen er beskyttet av patentrettigheter eller andre immaterielle rettigheter, jf. klagenemndas sak 2011/85 premiss (30). Det er ikke tilstrekkelig at én leverandør har enerett i den forstand at det kun er en leverandør som produserer det aktuelle produktet, det er et krav at det kan sannsynliggjøre at det faktisk ikke er andre leverandører som kan tilby ytelsen, jf. klagenemndas sak 2011/85 premiss (30). I EU-domstolens avgjørelse i C-328/92 (Farmaindustria) 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"*.
- (25) Innklagede har vist til den opprinnelige kontrakten for kjøp av skipsbrosimulatoren som begrunnelse for at kun valgte leverandør kunne forestå flytting og oppgradering av denne. Det fremgår av kjøpskontrakten at innklagede har forpliktet seg til å sikre valgte leverandørs forretningshemmeligheter og annen konfidensiell informasjon om simulatoren. Klagenemnda kan ikke utelukke at det i foreliggende tilfelle kun var valgte leverandør som kunne oppfylle den aktuelle kontrakten, men dette er ikke dokumentert av innklagede. Slik saken er presentert av klager, fremstår det videre som om det var et konkurransedyktig alternativ å levere en ny simulator, eller eventuelt ny software, fremfor å oppgradere og flytte den eksisterende simulatoren. Dette synes ikke å ha vært vurdert av innklagede, og er heller ikke kommentert i saksforberedelsene. Det synes heller ikke å ha vært vurdert hvorvidt kontrakten kunne vært delt opp, og at enkelte av delene kunne vært kunngjort, slik at det ble sikret konkurranse om deler av anskaffelsen.
- (26) Innklagede har etter dette ikke sannsynliggjort at vilkårene for å anvende unntaket fra kunngjøringsplikten i forskriften § 14-4 bokstav c var oppfylt. Anskaffelsen skulle altså vært kunngjort jf. forskriften § 18-1, og innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ettersom innklagede *"i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen"* jf. forskriften § 4-1 bokstav q.

Konklusjon:

UiT Norges arktiske universitet har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller

Dokumentet er godkjent elektronisk