



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede inngikk en avtale om levering av en foldekai uten forutgående kunngjøring av en konkurranse. Klagenemnda fant at de påberopte vilkårene for å unnta anskaffelsen kunngjøring, ikke var oppfylt. Innklagedes avtaleinngåelse utgjorde derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 10. oktober 2017 i sak 2016/157

Klager: Kjell K. Nilsen

Innklaget: Northcape Turnaroundport AS / Porsanger kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Northcape Turnaroundport AS (heretter NCTP) ble stiftet 18. desember 2013. Hovedaksjonæren i NCTP, med 51,72 % av aksjene, var Porsanger kommune (heretter også benevnt innklagede).
- (2) I løpet av første halvår 2014 tok NCTP kontakt med selskapet Cruise Ventures for å innhente tilbud på levering av en fleksibel kailøsning ved Hamnbukt i Porsangerfjorden.
- (3) Formålet var å etablere en snuhavn for cruiseskip i Hamnbukt. Fra Hamnbukt ville cruisepassasjerene bli transportert til Banak flyplass i Lakselv, hvor det går fly videre til andre destinasjoner. Initiativet til å etablere snuhavnen kom fra cruisenæringen.
- (4) Den 16. juli 2014 inngikk NCTP en avtale med selskapet Cruise Ventures AS om prosjektering, bygging og installering av en fleksibel foldekai med navnet SeaWalk, i henhold Cruise Ventures AS' tilbud. Fra tilbudet Appendix A ("Scope of Work") punkt 2 gjengis følgende beskrivelse av kailøsningen:

"SeaWalk is a floating pier intended for seamless access for passengers, luggage trailers and crew from a cruise ship moored bow and/or stern to bollards ashore and the other end to a buoy. The SeaWalk shore end is connected to a short, purpose built pier in the port.

The SeaWalk floating pier is stored folded close to shore and for use is extended out to the ship and attached along the shipside at the shell doors. The ship gangways are lowered from the shell gates onto the floating pier. [...]"

- (5) Kontraktssummen ble i avtalen punkt 2 angitt til 40 500 000 kroner ekskl. mva. Frist for å ferdigstille kaien ble i avtalen punkt 6 satt til 10. mai 2015.
- (6) I avtalen punkt 2 ble videre følgende merknad tatt inn:

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

"CV er informert om at NCTP ikke har fullfinansiert kontrakten ved kontraktsinngåelse. Dersom NCTP mot formodning ikke skulle lykkes med å fullfinansiere kontrakten og betalingen 1. september uteblir, blir arbeidet stoppet og kontrakten kan annulleres [...]".

- (7) På grunn av manglende finansiering ble avtalen mellom NCTP og Cruise Ventures AS annullert i henhold til den ovennevnte bestemmelsen. Det nøyaktige tidspunktet for annulleringen er ikke opplyst.
- (8) For å realisere planen om å etablere en snuhavn i Hamnbukt, så Porsanger kommune på andre måter å finansiere kjøpet av foldekaiaen fra Cruise Ventures AS.
- (9) Foldekaiaen ble i mellomtiden ferdigstilt av Cruise Ventures AS innenfor den opprinnelig avtalte fristen. I påvente av en finansieringsløsning fra kommunen, ble kaiaen lagret ved et skipsverft i Aukra kommune i Møre og Romsdal fylke.
- (10) Etter diskusjoner i kommunestyret, vedtok Porsanger kommune i mars 2015 å ta opp lån for å finansiere kjøpet av foldekaiaen. Kommunen fikk i oktober 2016 tillatelse fra Fylkesmannen i Finnmark til å ta opp et lån på 35 millioner kroner.
- (11) Avtale om levering av den ferdigbygde foldekaiaen ble inngått mellom Porsanger kommune og Cruise Ventures AS 27. oktober 2016.
- (12) Avtalen gjaldt ifølge punkt 2 *"dekningssalg av ferdig produsert SeaWalk XT"*. Prisen ble i avtalen punkt 3 angitt til 33 millioner kroner ekskl. mva.
- (13) Konkurs i NCTP ble åpnet 17. november 2016. Den 11. mars 2017 ble foretaket slettet fra Brønnøysundregisteret.
- (14) Saken med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av Kjell K. Nilsen (heretter *klager*) ved skriv datert 27. august 2016. Klagen ble i dette skrivet rettet mot NCTP. Ved skriv datert 20. oktober 2016 ble klagen utvidet til å omfatte også Porsanger kommune.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. oktober 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) NCTP/Porsanger kommunes kjøp av SeaWalk fra selskapet Cruise Ventures AS har ikke vært kunngjort, og representerer derfor en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Avtalen mellom NCTP og Cruise Ventures AS ble inngått 16. juli 2014. Klagen ble fremsatt tidligst 27. august 2016, dvs. mer enn to år etter avtaleinngåelsen. Klagen er derfor for sent fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 13a annet ledd.
- (18) Avtalen mellom Porsanger kommune og Cruise Ventures AS ble inngått 27. oktober 2016. Klagen på denne avtaleinngåelsen er dermed rettidig. Anskaffelsen er imidlertid unntatt kunngjøring etter forordningen om offentlige anskaffelser, og representerer derfor ingen ulovlig direkte anskaffelse.

- (19) Cruise Ventures AS er for det første den eneste leverandøren som kan levere en løsning som oppfyller kommunens behov, dvs. behovet for en kai som er tilpasset de lokale dybdeforholdene ved Hamnbukt, jf. forskriften § 14-4 bokstav c. Det vises i denne sammenheng til at Cruise Ventures AS har patent på SeaWalk-konstruksjonen, og dermed enerett til å levere en slik innretning.
- (20) Kommunen fikk for det andre adgang til å kjøpe foldekaien av Cruise Ventures til en sterkt rabattert pris, blant annet på grunn av press fra Cruise Ventures' kreditorer. Den opprinnelige prisen for kaien var 40,5 MNOK. Kommunen betalte 33 MNOK. Kaien ble altså kjøpt på "*særdeles fordelaktige vilkår*", jf. forskriften § 14-4 bokstav h.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av en foldekai til Hamnbukt i Porsanger kommune. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.
- (22) Anskaffelsen ble iverksatt før 1. januar 2017, og reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 32-1 og 32-2.
- (23) En ulovlig direkte anskaffelse er ifølge førstnevnte forskrift en anskaffelse "*hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen, eller en anskaffelse hvor oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det etter denne forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen*", jf. § 4-1 bokstav q.
- (24) Plikt til å kunngjøre en anskaffelse i Doffin- og/eller TED-databasen har oppdragsgiver når den estimerte verdien er lik eller overstiger de terskelverdiene som forskriften angir.
- (25) Avtalen mellom NCTP og Cruise Ventures AS ble inngått 16. juli 2014, mer enn to år før klager brakte saken inn for klagenemnda. Klagers anførsel om at denne avtaleinngåelsen representerer en ulovlig direkte anskaffelse, er dermed for sent fremsatt, jf. klagenemnds forskriften § 13a andre ledd. NCTP er for øvrig også slettet fra foretaksregisteret.

Avtalen mellom Porsanger kommune og Cruise Ventures AS

- (26) Avtalen mellom Cruise Ventures AS og Porsanger kommune ble inngått 27. oktober 2016. Klagers anførsel om at denne avtaleinngåelsen representerer en ulovlig direkte anskaffelse, er dermed rettidig fremsatt.
- (27) På det tidspunktet kommunen iverksatte og inngikk avtale om kjøp av den ferdigproduserte kaien, var terskelverdien 500 000 kroner ekskl. mva. for kunngjøring i Doffin-databasen. Plikt til å kunngjøre i TED-databasen inntrådte ved 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for vare- og tjenestekontrakter, og 44 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter. Avtalen, som på dette tidspunktet gjaldt levering av en ferdigprodusert vare til en verdi av 33 millioner kroner ekskl. mva., skulle dermed i utgangspunktet ha vært kunngjort både i Doffin og i TED-databasen, jf. forskriften § 18-1.

- (28) Spørsmålet er om anskaffelsen likevel var unntatt kunngjøringsplikt etter noen av bestemmelsene i forskriften. Innklagede har anført to av disse unntaksbestemmelsene som grunnlag for å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.
- (29) Generelt gjelder at unntaksbestemmelsene skal tolkes strengt. Det er oppdragsgiver som må sannsynliggjøre at vilkårene i den påberopte unntaksbestemmelsen er oppfylt, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2016/139 premiss 21 med videre henvisning til blant annet EU-domstolens sak C-337/05 (Agusta).
- (30) Klagenemnda ser først på den første av de to påberopte unntaksbestemmelsene.

Eneleverandøruntaket – forskriften § 14-4 bokstav c

- (31) Innklagede har anført at anskaffelsen var unntatt kunngjøringsplikt etter forskriften § 14-4 bokstav c.
- (32) Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver kan benytte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, dersom ytelsen "*av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av én bestemt leverandør*".
- (33) Hensynet bak bestemmelsen er at det i slike tilfeller vil være unødvendig bruk av tid og ressurser å avholde en konkurranse. Unntaket skal imidlertid som nevnt tolkes strengt, og det er innklagede som har bevisbyrden for at vilkårene var oppfylt. Det er ikke tilstrekkelig å vise til at den leverte løsningen er beskyttet av en enerett. Unntaket i § 14-4 bokstav c gjelder bare der hvor "*[det] ikke er konkurrence på markedet*" om andre løsninger, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-328/92 (Farmaindustria) premiss 17. Innklagede må også sannsynliggjøre at det av denne grunn var "*uomgængeligt nødvendigt*" å inngå kontrakt med Cruise Ventures AS, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-57/94 (Ascoli-Mare) premiss 24.
- (34) 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 vil kunne bli i stand til å levere en bestemt løsning, jf. klagenemndas sak 2016/145 premiss 16 om den tilsvarende bestemmelsen i forskriften del I § 2-1 (2) bokstav a, med videre henvisning til Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) på side 94, som klagenemnda slutter seg til.
- (35) Innklagede har vist til at Cruise Ventures AS har patent på SeaWalk-konstruksjonen, og at dette selskapet dermed er det eneste som kan levere en slik innretning. Cruise Ventures AS er ifølge innklagede dermed den eneste leverandøren som kan levere en løsning som oppfyller kommunens behov.
- (36) Kommunens behov for en fleksibel kailøsning er i tilsvaret omtalt på følgende måte:

"SeaWalken ble produsert for å hensynta de særegne forholdene i Hamnbukt, som grunnforhold og klima. På grunn av dybdeforholdene lokalt må kaien kunne gå langt ut fra land for å sammenkobles skip, men samtidig være mobil for å utnytte den begrensede plassen i fjorden. SeaWalken gjør det sikrere for cruiseskip å anløpe i trange fjorder, ettersom det er kaien som legger til skipet, i motsetning til konvensjonelle kailøsninger.

I og med at kaien er flytende og mobil, vil også eksisterende kai kunne benyttes som før når kaien er parkert i sammenslått stand. Naturinngrepet vil videre være minimalt og kostnadene lave sammenlignet med en permanent kailøsning."

- (37) Klagenemnda har ikke holdepunkter for å tilsidesette innklagedes vurdering om at blant annet de lokale dybdeforholdene gjorde det nødvendig å kjøpe en mer fleksibel løsning enn det man kan oppnå gjennom en konvensjonell kai, og at det dermed forelå slike *"tekniske [...] grunner"* som bestemmelsen i § 14-4 bokstav c viser til. Slik nemnda ser det, er det imidlertid ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at produktet til Cruise Ventures AS var det eneste på markedet som kunne oppfylle dette behovet.
- (38) Cruise Ventures AS har patent på den konkrete løsningen som er beskrevet i patentkravene, men ikke på andre løsninger av det samme underliggende problemet, dvs. andre flytende og mobile kailøsninger som muliggjør sikker transport av personer og/eller gods mellom skip og land. Det er heller ikke utelukket at det finnes leverandører som kan utvikle løsninger på disse tekniske utfordringene.
- (39) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at vilkårene i forskriften § 14-4 bokstav c ikke var til stede ved innklagedes avtaleinngåelse med Cruise Ventures AS om kjøp av produktet SeaWalk.

Særdeles fordelaktige vilkår – forskriften § 14-4 bokstav h

- (40) Innklagede har videre anført at anskaffelsen var unntatt kunngjøringsplikt etter forskriften § 14-4 bokstav h.
- (41) Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver kan benytte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, dersom varene kjøpes på *"særdeles fordelaktige vilkår, enten hos en leverandør som endelig innstiller sin virksomhet eller et konkursbo, tvangsakkord eller en tilsvarende behandling"*. Med *"tilsvarende behandling"* menes tilsvarende behandling *"i henhold til nationale love og forskrifter"*, jf. artikkel 31 (1) bokstav d i direktiv 2004/18, som bestemmelsen i § 14-4 bokstav h gjennomfører. Sammenlignet med det som er tilfellet i forskriften § 2-1 (2) bokstav b, er det altså en betingelse at den aktuelle leverandøren er i en slik situasjon.
- (42) Innklagede viser i denne sammenheng til at den ferdigproduserte kaien ble kjøpt for 33 millioner kroner ekskl. mva. Dette sammenlignet med den opprinnelige avtalen mellom NCTP og Cruise Ventures, som lød på over 40 millioner kroner ekskl. mva. Den nedsatte prisen kan ifølge innklagede delvis forklares av press fra Cruise Ventures' kreditorer.
- (43) Innklagede har imidlertid ikke vist at Cruise Ventures var i en slik situasjon som beskrevet i forskriften § 14-4 bokstav h.
- (44) På denne bakgrunn finner klagenemnda at vilkårene i forskriften § 14-4 bokstav h ikke er til stede. Innklagedes anførsel om at anskaffelsen kunne unntas etter denne bestemmelsen, kan dermed ikke føre frem. Anskaffelsen skulle derfor ha vært kunngjort, både i Doffin og i TED-databasen. Innklagedes unnlatelse av å kunngjøre en konkurranse om anskaffelsen, representerer en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Porsanger kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk