



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Unntaket i loven § 3 og forskriften § 1-3 (2) bokstav a for kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123.

Innklagede kunngjorde en konkurranse om inngåelse av en rammeavtale for kjøp av flydeler til flytypen F-16 Fighting Falcon. Anskaffelsen ble gjennomført etter anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) av 13. mars 2008 nr. 317. Klager anførte at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved å gjøre avrop på rammeavtalen etter utløpet av den kunngjorte kontraktsvarigheten på to år, og ved å vesentlig endre rammeavtalens omfang. Klagenemnda fant at anskaffelsen var lovlig unntatt etter EØS-avtalens artikkel 123, jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 1-3 (2) bokstav a, og at nemnda dermed ikke hadde myndighet til å behandle saken.

Klagenemndas avgjørelse 13. september 2017 i sak 2017/34

Klager: Blue Aerospace LCC

Innklaget: Forsvarets logistikkorganisasjon

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Forsvarets logistikkorganisasjon (heretter *innklagede*) kunngjorde 9. oktober 2013 en konkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av flydeler til flytypen F-16. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 4. desember 2013.
- (2) Konkurransen ble i kunngjøringen punkt IV.1.1 angitt å være en åpen anbudskonkurranse. Av kunngjøringen gikk det videre frem at konkurransen skulle gjennomføres etter forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III. Av konkurransegrunnlaget del 1 punkt 2.1 fremgikk imidlertid følgende:

"This procurement process will be conducted as a negotiated procedure including the competition element in accordance with the Norwegian Armed Forces Procurement Regulations (ARF), see ARF Article 1.5.1 b) and Chapter 2."

- (3) Rammeavtalen hadde ifølge kunngjøringen punkt II.1.4 en varighet på to år. Under punkt II.2.3 ("*Opplysninger om forlengelse*") sto det følgende:

"Kontrakten kan forlenges: Nei."

- (4) I konkurransegrunnlaget del 2 punkt 2.1 sto det imidlertid at:

"The Contract shall be valid for a period of four years. The Contract may be prolonged for a further period of one + one year's by advance written notice, by the Purchaser, no later than six months before the expiry date."

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

- (5) Vedrørende leveransens omfang ble potensielle tilbydere i kunngjøringen punkt II.2.1 henvist til å lese konkurransegrunnlaget og vedlagte dokumenter. Konkurransegrunnlaget del 2 punkt 3.1.1 inneholdt en henvisning til vedlegget "*Scope of Delivery*", med oversikt over innklagedes kjøp av F-16-deler de siste seks årene:

"The total usage of parts, as listed in Annex Scope of Delivery, represents the past six years demand for each part and can be used to draw an estimate on future use, at the time of publishing."

- (6) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget del 1 punkt 8.1 tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "*Delivery and Lead Time*" (30–50 %), "*Total cost*" (40–60 %) og "*Ability to deliver and Additional Services*" (10–20 %).
- (7) Innen utløpet av tilbudsfristen kom det inn syv tilbud, herunder fra Blue Aerospace LCC (heretter "*klager*") og AAR Aircraft Component Services (heretter "*valgte leverandør*").
- (8) Ved brev datert 11. februar 2014 gikk det frem at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Kontrakten ble inngått 1. mars 2014 med en varighet på 4 år og opsjon på 1+1 års forlengelse.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved prosesskriv datert 9. mars 2017.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. september 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Konkurransen er kunngjort etter – og følger dermed – forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III. Innklagede har ikke sannsynliggjort at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav a er anvendelig, herunder at det var nødvendig å unnta anskaffelsen fra forskriften.
- (12) Rammeavtalen som innklagede kunngjorde februar 2014 hadde – ifølge kunngjøringen – en varighet på to år, og en estimert verdi på to millioner kroner. Innklagede har imidlertid foretatt avrop på rammeavtalen på rundt 10 millioner kroner, og foretar fortsatt avrop på avtalen. Innklagedes avrop etter kontraktsvarigheten på to år, utgjør ulovlige direkte anskaffelser. Avtalen må også anses vesentlig endret ved den store utvidelsen av avtalens verdi.
- (13) Innklagede har under enhver omstendighet brutt forskriften § 15-1 (4) ved å inngå en rammeavtale med varighet på over fire år uten at kontraktens gjenstand berettiger det.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (14) Anskaffelsen var nødvendig å unnta anskaffelsesforskriften blant annet for å sikre innklagede handlefrihet og fleksibilitet. Unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav a var derfor anvendelig. Konkurransen er av denne grunn gjennomført i henhold til anskaffelsesregelverket for Forsvaret (ARF), og klagenemnda kan ikke behandle saken.
- (15) Rammeavtalen hadde ifølge konkurransegrunnlaget en varighet på fire år, med opsjon på 1+1 års forlengelse. Ved en inkurie ble varigheten i kunngjøringen opplyst å være to år,

men denne feilen er ikke av en slik art at anskaffelsen må anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Når det gjelder anskaffelsens estimerte verdi ble det i konkurransegrunnlaget vist til en oversikt over kjøp av flydeler de siste seks årene. Estimater på to millioner fremgår av anskaffelsesprotokollen, og ble ikke kommunisert til potensielle tilbydere ved kunngjøringen.

- (16) Forbudet i forskriften § 15-1 (4) mot å inngå rammeavtaler for mer enn fire år, gjelder ikke, fordi anskaffelsen som nevnt reguleres av anskaffelsesregelverket for Forsvaret (ARF).

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Konkurransen gjelder kjøp av deler til flytypen F-16, som er en vareanskaffelse.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (18) Det følger av klagenemnds forskriften § 6 første ledd at en klage til klagenemnda må gjelde *"unntakelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne"*, jf. også forskriften § 1.
- (19) Av forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 1-3 (2) bokstav a går det frem at forskriften ikke får anvendelse på *"kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123 [...]"*. Av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 § 3 fremgår det at heller ikke loven gjelder for slike anskaffelser.
- (20) Klagenemnda tar derfor først stilling til om innklagede hadde rettslig grunnlag for å unnta anskaffelsen etter EØS-avtalen artikkel 123.
- (21) EØS-avtalen artikkel 123 gir hjemmel for å *"treffe tiltak"* for *"handel med"* – herunder anskaffelse av – *"våpen, ammunisjon, krigsmateriell og andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål"*, jf. bokstav b. Et aktuelt slikt tiltak er å unnta anskaffelsen helt eller delvis fra lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.
- (22) Formålet med bestemmelsen er blant annet *"å sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning"*, jf. klagenemndas sak 2014/86 med videre henvisning til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 s. 1638.
- (23) Det er på det rene at deler til flytypen F-16 Fighting Falcon er å regne som *"krigsmateriell"*, jf. EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b.
- (24) Unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav a og loven § 3 kan imidlertid ikke påberopes i større grad enn det som er i samsvar med det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. Dette innebærer at medlemslandene ikke kan benytte strengere tiltak enn det som er nødvendig for å oppnå formålet, jf. den nevnte avgjørelsen i sak 2014/86 premiss 31, med videre henvisning til EU-domstolens sak C-474/12 (Schiebel Aircraft), som gjaldt tolkningen av TFEU artikkel 346 (1) bokstav b. Klagenemnda vil for ordens skyld påpeke ulikhetene i utformingen av henholdsvis EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b og TFEU artikkel 346 (1) bokstav b. Denne saken gir imidlertid ikke foranledning til å gå inn i eventuelle realitetsforskjeller mellom de to bestemmelsene.

- (25) Innklagede har forklart at det var nødvendig å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket for å gi innklagede tilstrekkelig handlefrihet og fleksibilitet ved gjennomføringen av anskaffelsen. Innklagede har særlig fremhevet at anvendelsen av unntaket ga innklagede muligheten til å gjennomføre forhandlinger med tilbyderne. Adgangen til å benytte en konkurranse med forhandling ga ifølge innklagede anledning til å ta opp og diskutere forhold av sensitiv art, herunder planlagt vedlikehold og andre fremtidige forhold tilknyttet flyflåtens operasjonelle evne. Denne typen opplysninger, hevder innklagede, sier noe om hvor mange fly som til enhver tid er tilgjengelige og operasjonelle, som det er avgjørende å skjerme fra offentligheten.
- (26) Alternativet til å unnta anskaffelsen og gjennomføre den etter det (nå opphevede) anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF), ville ha vært å gjennomføre anskaffelsen etter forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III, noe som ikke ville ha gitt innklagede mulighet til å benytte en konkurranse med forhandling.¹ De fordelene som en konkurranse med forhandling gir, kunne ikke – slik klager anfører – ha vært oppnådd ved bruk av en begrenset anbudskonkurranse. Innklagedes valg om å unnta anskaffelsen fra lov og forskrift om offentlige anskaffelser, ga således innklagede en handlefrihet som man ikke ville hatt etter forskriften del III. Denne handlefriheten ga innklagede mulighet til å koordinere anskaffelsen med planlagt vedlikehold av F-16-flyene, og holde hemmelig både hvor mange fly som til enhver tid er operative, og tilstanden på de ulike flyene. Det er ikke tvilsomt at det norske flyvåpenet er *"uunnværlig for forsvarsformål"*, jf. EØS-avtalen artikkel 123, og at de hensynene som innklagede har vist til er godt innenfor formålet om å *"sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning"*, jf. Rt. 2005 s. 1638.
- (27) Klagenemnda finner etter dette ikke grunnlag for å tilsidesette innklagedes vurdering om at det var nødvendig å unnta anskaffelsen i henhold til EØS-loven artikkel 123, jf. forskriften § 1-3 (2) bokstav a.
- (28) Klagenemnda har dermed ikke myndighet til å behandle klagers øvrige anførsler, jf. klagenemnds forskriften §§ 1 og 6, og saken avvises av denne grunn fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemnds forskriften § 9 andre ledd.

Konklusjon:

Saken avvises fra behandling i klagenemnda som følge av at nemnda ikke har myndighet til å behandle saken, jf. klagenemnds forskriften §§ 6 og 9 andre ledd.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk

¹ Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser av 4. oktober 2013 nr. 1185, som i § 5-1 (1) gir oppdragsgiver adgang til å benytte konkurranse med forhandling i anskaffelser over EØS-terskelverdiene, trådte i kraft 1. januar 2014.