



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse av kraftforvaltningstjenester og kjøp av elektrisk kraft. Klagenemnda kom til at innklagedes kjøp av elektrisk kraft var unntatt kunngjøringsplikt, jf. forskriften § 13-4 bokstav e. Kjøpene utgjorde dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Det forelå heller ikke en ulovlig direkte anskaffelse av kraftforvaltningstjenester.

Klagenemndas avgjørelse 14. oktober 2024 i sak 2024/425

Klager: Moxness Handel

Innklaget: Nordre Follo kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Hallgrim Fagervold og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Nordre Follo kommune (heretter *innklagede*) var aktør på kraftbørsen Nord Pool frem til utgangen 2022.
- (2) Den 1. juli 2022 kunngjorde Viken fylkeskommune en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kraftforvaltning, med tilbudsfrist 31. august 2022. Formålet med anskaffelsen var «*håndtering av innkjøp, fakturering og forbruk av elektrisk energi fra kraft børs gjennom et profesjonelt mellomledd med opsjon på salg av konsesjonskraft*».
- (3) Viken fylkeskommune var den eneste oppdragsgiveren som var navngitt i kunngjøringen. Kunngjøringen inneholdt ikke informasjon om kontraktens verdi, men anskaffelsen var kunngjort i Doffin og TED. Avtalen hadde en angitt varighet på 4 år med opsjoner på 1 + 1 år.
- (4) I kunngjøringens beskrivelse av anskaffelsen stod det at «*[d]en enkelte deltaker i samarbeidet vil selv kunne vurdere om de skal være med på en eventuell forlengelse av avtalen.*»
- (5) I kunngjøringen var det en direkte lenke til konkurransegrunnlaget. Her fremgikk det en liste over alle oppdragsgiverne på avtalen, inkludert Nordre Follo kommune. Kunngjøringen hadde også en lenke til informasjon om konkurransen i konkurransegjennomføringsverktøyet Mercell. Også her var alle oppdragsgiverne på avtalen angitt.
- (6) Åtte leverandører lastet ned konkurransedokumentene i Mercell.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (7) Kontrakten ble tildelt Fjordkraft AS den 21. september 2022. Innklagede signerte kontrakt med Fjordkraft AS om kraftforvaltning 19. oktober 2022. Avtalen hadde en varighet fra 1. januar 2023 til 31. desember 2026 med opsjon på forlengelse 1+1 år.
- (8) Fjordkraft AS' totalpris var 1 166 970,52 kroner per år for alle oppdragsgiverne, samlet i overkant av 7 millioner kroner over avtalens løpetid på seks år.
- (9) Innklagedes forbruk var estimert til ca. 11,5 prosent av det estimerte volumet kWt (kilowattimer) på avtalen.
- (10) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk kraft og kraftforvaltningstjenester ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. mars 2024.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. oktober 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk kraft. Det er ingen tvil om at det er kunngjøringsplikt for anskaffelse av elektrisk kraft, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2012/53.
- (13) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at opsjonen på forlengelse av avtalen med Entelios AS ikke ble utløst i tide. Kontrakten skulle vært forlenget senest innen 31. desember 2017, 31. desember 2019 og 31. desember 2020. Alle kjøp som er gjort etter utløpet av kontrakten må derfor regnes som løpende ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemndas beregningsgrunnlag for den ulovlige direkte anskaffelsen skal beregnes fra datoen for klagen minus to år.
- (14) Innklagede har utført løpende ulovlige direkte anskaffelser av elektrisk kraft fra og med utløpet av kontrakten med Entelios AS den 1. april 2022. Forlengelser av en allerede utløpt kontrakt er en ulovlig direkte anskaffelse.
- (15) Innklagede var ikke en del av kunngjøringen av konkurransen som ledet til kontrakten med Fjordkraft AS signert 31. oktober 2022. Innklagedes kjøp av elektrisk kraft under denne avtalen utgjør derfor også en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede kjøper og har kjøpt kraft på børs, og kjøpene av elektrisk kraft er derfor unntatt anskaffelsesregelverket, jf. forskriften § 13-4 bokstav e. Avtalen med Fjordkraft AS gjelder ikke kjøp av elektrisk kraft. Kontrakten gjelder kraftforvaltning, som innebærer håndtering av innkjøp, fakturering og forbruk av elektrisk energi fra kraftbørs gjennom et profesjonelt mellomledd. Alt kjøp av elektrisk kraft går gjennom kraftforvalteren. Kontraktenes verdi er kun kraftforvalterens påslag/administrasjonsgebyr, og ikke det totale beløpet som utbetales til leverandøren i kontraktsperioden. Avtalen med Fjordkraft AS har en årlig verdi på 134 810 kroner og er ikke kunngjøringspliktig. Nettleie er betalt til nettselskap med enerett i henhold til konsesjon, jf. energiloven.
- (17) Innklagede har ikke hatt noen avtale med Entelios, og manglende prolongering i tide kan dermed ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.

- (18) Kontrakten inngått med Fjordkraft AS utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Det er ingen indikasjoner på at den manglende identifiseringen av innklagede i kunngjøringen har hatt innvirkning på deltakelsen i konkurransen, eller utfallet av den. Subsidiært, forutsatt at klagenemnda skulle komme til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, har ikke innklagede opptrådt uaktsomt ved inngåelsen av kontrakten. Det foreligger derfor ikke grunnlag for overtredelsesgebyr.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelse (klagenemndsforordningen) § 13 a. Klagen er rettidig.

Anskaffelse av elektrisk kraft

- (20) Klagers overordnede anførsel er at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk kraft.
- (21) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (22) Innklagede har ikke kunngjort noen konkurranse om kjøp av elektrisk kraft. Kontrakten med Fjordkraft AS gjelder kraftforvaltning. Før inngåelse av kontrakten med Fjordkraft handlet innklagede elektrisk kraft på kraftbørsen Nord Pool. Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er om innklagedes kjøp av elektrisk kraft er unntatt kunngjøringsplikt i medhold av forskriften § 13-4 bokstav e.
- (23) Det følger av forskriften § 13-4 bokstav e, at oppdragsgiveren kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom anskaffelsen gjelder *«varer som noteres og kjøpes på en varebørs»*. Regelen om kunngjøring i forskriften § 21-2 kommer altså ikke til anvendelse på slike kjøp.
- (24) En varebørs er en markeds plass som er tilgjengelig for alle aktuelle leverandører, og hvor pris og andre vilkår er gjennomsiktig. Dette kan typisk være råvarer slik som elektrisitet. Bakgrunnen for unntaksregelen er at slike etablerte markeds plasser sikrer at prisen tilsvarende det markedet til enhver tid er interessert i å selge og betale for ytelsen. Se i den forbindelse anskaffelsesdirektivets forordnings artikkel 50 og klagenemndas avgjørelse i sak 2012/53 artikkel 22.
- (25) De aktuelle varebørsene for kjøp av elektrisitet er de nordiske kraftbørsene Nord Pool og Nasdaq. I foreliggende sak kjøper Fjordkraft AS elektrisk kraft på vegne av innklagede fra Nord Pool og Nasdaq gjennom kontrakten om kraftforvaltning. Tidligere gjorde innklagede det samme. Dette skiller denne saken fra klagenemndas avgjørelse i sak 2012/53, hvor den innklagede kommunen hadde kjøpt elektrisitet fra en strømlleverandør og ikke fra en varebørs.
- (26) Innklagedes kjøp av elektrisk kraft er etter dette unntatt kunngjøringsplikt, jf. forskriften § 13-4 bokstav e, og det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Nettleien utgjør heller ikke en ulovlig direkte anskaffelse jf. § 13-4 bokstav b nr. 3 da nettleien er konsesjonspliktig og utøvelse av en enerett.

Kraftforvaltningsavtalen med Fjordkraft AS

- (27) Klager har vist til at varigheten til avtalen er uklart angitt. Klagenemnda er ikke enig i at angivelsen er klar, da det fremgår klart at avtalen har en varighet på fire år med opsjon på forlengelse 1+1 år. Avtalens totale varighet er seks år.
- (28) Klagenemnda skal ta stilling til om kraftforvaltningsavtalen innklagede har inngått med Fjordkraft AS utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Klager har vist til at innklagede ikke var identifisert i kunngjøringen av anskaffelsen.
- (29) Det følger av forskriften § 29-1 (1) at flere oppdragsgivere kan gjennomføre anskaffelser i fellesskap. Likevel har den enkelte oppdragsgiver en plikt til å kunngjøre sine anskaffelser, jf. forskriften § 21-1. Kjøp som en offentlig oppdragsgiver foretar i henhold til en kunngjort anskaffelse, uten at den aktuelle oppdragsgiveren er tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen, vil etter omstendighetene kunne utgjøre ulovlige direkte anskaffelser. Se i denne retning klagenemndas avgjørelser i sakene 2018/24, 2019/389 og 2019/262.
- (30) Det er på det rene at innklagede Nordre Follo kommune var en av oppdragsgiverne da konkurransen ble kunngjort. Spørsmålet er om innklagede var tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen eller om den manglende angivelsen av innklagedes navn i kunngjøringsskjema må likestilles med at anskaffelsen ikke er kunngjort for innklagedes del.
- (31) I kunngjøringens beskrivelse av anskaffelsen, fremgikk det blant annet at «*[d]en enkelte deltaker i samarbeidet vil selv kunne vurdere om de skal være med på en eventuell forlengelse av avtalen*». Dette ga potensielle leverandører en indikasjon på at det var flere oppdragsgivere som ville benytte seg av avtalen. Etter klagenemndas oppfatning ga dette en normalt påpasselig leverandør en oppfordring til å åpne konkurransegrunnlaget for å se hvilke oppdragsgivere det var snakk om, og på denne bakgrunn vurdere om det ville være interessant å delta i konkurransen. Klagenemnda viser videre til innklagedes opplysning om at Viken fylkeskommune (tidligere Østfold fylkeskommune) også tidligere har inngått kraftforvalteravtaler på vegne av «*en rekke kommuner over mange år, og det er naturlig å regne med at leverandørmarkedet kjenner til dette*». I den forbindelse er det et poeng, slik saken er opplyst for nemnda, at de aktuelle leverandørene har lastet ned konkurransedokumentene og dermed sett konkurransedokumentene, ikke bare kunngjøringen. Den grunnleggende hensikten med kunngjøringen, som er å sikre deltakerinteresse og konkurranse, synes således å ha vært ivaretatt i denne saken.
- (32) Konkurransegrunnlaget ble gjort tilgjengelig samtidig med kunngjøringen, og kunne åpnes direkte via en lenke i kunngjøringen. I konkurransegrunnlaget punkt 2.4.2 var det oppgitt samtlige kommuner og fylkeskommunale eller kommunale foretak som ville benytte seg av avtalen. Angivelsen inkluderte innklagede i vår sak, Nordre Follo kommune. I konkurransegrunnlaget var det også oppgitt et estimat på hvor mye hver av oppdragsgiverne ville kjøpe årlig.
- (33) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede er tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse som følge av manglende identifisering av innklagede i kunngjøringen, fører på denne bakgrunn ikke frem.
- (34) Klagenemnda bemerker også at kontrakten om kraftforvaltning hadde en samlet verdi på i overkant av 7 millioner kroner over seks år for alle oppdragsgiverne. Innklagedes

forbruk var estimert til ca. 11,5 prosent av den estimerte verdien, som vil si 805 000 kroner over avtalens løpetid. Den estimerte verdien av innklagedes kjøp er altså under kunngjøringspliktig terskelverdi, jf. §§ 5-1 og 5-3.

Konklusjon:

Nordre Follo kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur