



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 2024/0396

Klager: Moxness Handel

Innklaget: Indre Østfold kommune

Klagenemndas

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

Bakgrunn:

- (1) Den 1. april 2016 inngikk Østfold fylkeskommune en kontrakt med Entelios AS. I den forutgående kunngjøringen var det angitt:

«Denne avtalen har som formål å sikre oppdragsgiver ihht. gjeldende lover og forskrifter, og uten vesentlig risikoeksponering en kostnadseffektiv og rasjonell håndtering av innkjøp, fakturering og forbruk av elektrisk energi fra kraft børs gjennom et profesjonelt mellomledd.»

- (2) Kontrakten ble inngått på vegne av fylkeskommunen og en rekke andre oppdragsgivere, inkludert det som i dag er Indre Østfold kommune (heretter *innklagede*). Avtalen hadde en varighet på to år, med opsjoner på forlengelse på 1 + 1 + 1 + 1 år, til sammen seks år. Kontrakten ville vare frem til 1. april 2022 dersom alle opsjonene ble utløst. Den enkelte kommune hadde ifølge avtalen en ensidig rett til å utløse opsjonene om forlengelse. Utløsning av opsjonen skulle skje «3 mnd. før avtalens utløp».
- (3) Østfold fylkeskommune utløste de to første opsjonene om forlengelse av kontrakten på vegne av alle deltakerkommunene. Den første opsjonen ble utløst 19. mars 2018, og den andre 28. november 2019.
- (4) Fra 2020 var det den enkelte kommune som selv utløste opsjonene. Innklagede utløste den siste opsjonen om forlengelse 11. desember 2020, frem til 31. mars 2022.
- (5) I påvente av at Viken fylkeskommune skulle gjennomføre en ny kunngjort konkurranse om kraftforvaltning, kontaktet innklagede Entelios AS i desember 2021 og forlenget avtalen til 1. juli 2022.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (6) Viken fylkeskommune informerte 3. mai 2022 om at anskaffelsesprosessen ble forsinket. Innklagede forlenget deretter avtalen med Entelios AS til 1. oktober 2022.
- (7) 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 børns gjennom et profesjonelt mellomledd med opsjon på salg av konsesjonskraft»*.
- (8) 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.
- (9) 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.»*
- (10) I kunngjøringen var det en direkte lenke til konkurransegrunnlaget. Her fremgikk det en liste over alle oppdragsgiverne på avtalen, inkludert Indre Østfold kommune. Kunngjøringen hadde også en lenke til informasjon om konkurransen i konkurransegjennomføringsverktøyet Merccell. Også her var alle oppdragsgiverne på avtalen angitt.
- (11) Åtte leverandører lastet ned konkurransedokumentene i Merccell.
- (12) Kontrakten ble tildelt Fjordkraft AS den 21. september 2022. Før kontraktsigneringen ble slutført, forlenget innklagede avtalen med Entelios AS en siste gang til 31. oktober 2022.
- (13) Innklagede signerte kontrakt med Fjordkraft AS om kraftforvaltning 31. oktober 2022.
- (14) 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.
- (15) Indre Østfold kommunes forbruk var estimert til litt under 10 prosent av det estimerte volumet kWt (kilowattimer) på avtalen.
- (16) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk kraft og kraftforvaltningstjenester ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. mars 2024.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. oktober 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) 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.
- (19) 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. 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.

- (20) 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.
- (21) 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:

- (22) Innklagede kjøper kraft på børs, og kjøpene av elektrisk kraft er derfor unntatt anskaffelsesregelverket, jf. forskriften § 13-4 bokstav e. Avtalene med Entelios AS og Fjordkraft AS gjelder ikke kjøp av elektrisk kraft. Kontraktene 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.
- (23) Det utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse at den første opsjonen i kontrakten med Entelios AS ble utløst for sent. Det at opsjonen ble utløst for sent utgjør ikke vesentlig endring av kontrakten, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2021/615. Hensynet til potensielle leverandører er ivaretatt gjennom kunngjøringen og konkurransen. Avtalens gjenstand, verdi og varighet er uendret fra det som fremgikk av kunngjøringen.
- (24) Kjøp av kraftforvaltningstjenester fra Entelios AS i perioden 1. april 2022 til 31. oktober 2022 utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Verdien på kontrakten i denne perioden er 68 073 kroner. Prinsipalt anføres det at kjøpene i perioden ikke er omfattet av anskaffelsesforskriften § 1-1, da beløpet er under 100 000 kroner. Subsidiært anføres det at kjøpene var nødvendig som følge av uforutsette omstendigheter, jf. forskriften § 5-2 bokstav c.
- (25) 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:

- (26) 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 (klagenemndsforskriften) § 13 a. Klagen er rettidig.

Anskaffelse av elektrisk kraft

- (27) Klagers overordnede anførsel er at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av elektrisk kraft.

- (28) 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).
- (29) Innklagede har ikke kunngjort noen konkurranse om kjøp av elektrisk kraft. Kontraktene med Entelios AS og Fjordkraft AS gjelder kraftforvaltning. Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er om innklagedes kjøp av elektrisk kraft er unntatt kunngjøringsplikt i medhold av forskriften § 13-4 bokstav e.
- (30) 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.
- (31) 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 tilsvarer det markedet til enhver tid er interessert i å selge og betale for ytelsen. Se i den forbindelse anskaffelsesdirektivets forale avsnitt 50 og klagenemndas avgjørelse i sak 2012/53 avsnitt 22.
- (32) 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 Entelios AS det samme. Dette skiller foreliggende sak fra klagenemndas avgjørelse i sak 2012/53, hvor den innklagede kommunen hadde kjøpt elektrisitet fra en strømlleverandør og ikke fra en varebørs.
- (33) Innklagedes kjøp av elektrisk kraft er etter dette unntatt kunngjøringsplikt, jf. forskriften § 13-4 bokstav e, og det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Utløsning av den første opsjonen i kontrakten med Entelios AS

- (34) Østfold fylkeskommune og innklagede utløste den andre og tredje opsjonen om forlengelse innenfor kontraktens frist. Klagenemnda skal videre ta stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at innklagede ikke utløste den første opsjonen i kontrakten med Entelios AS i tide.
- (35) Kontrakten med Entelios AS ble inngått 1. april 2016, og den første opsjonen ble utløst 19. mars 2018. Klager anfører at ettersom innklagede ikke utløste den første opsjonen i tide, innebærer dette at alle kjøp foretatt etter dette tidspunktet ikke lenger kan hjemles i kontrakten.
- (36) En ulovlig direkte anskaffelse er som nevnt en anskaffelse som ikke er kunngjort, til tross for at det foreligger en kunngjøringsplikt. I utgangspunktet vil forholdet mellom partene i en kontrakt som er inngått etter en kunngjort konkurranse reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres vesentlig, på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket.
- (37) Utløsning av opsjonene i kontrakten skulle skje tre måneder før avtalens utløp. Dette ble ikke gjort ved utløsningen av den første opsjonen om forlengelse. Den første opsjonen ble utløst 19. mars 2018, tolv dager før avtalen løp ut.

- (38) I denne saken har kontrakten, inklusive opsjoner på forlengelse, vært kunngjort og gjenstand for konkurranse. Det at opsjonen ble utløst for sent, innebærer dermed ikke at kontraktens varighet er endret sammenlignet med det som fremgikk av kunngjøringen.
- (39) Endringen består av at innklagede ikke har fulgt fremgangsmåten i avtalen ved utløsning av opsjonen. Dette kan etter klagenemndas syn ikke likestilles med at selve forlengelsen mangler hjemmel i avtalen. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2021/615 avsnitt 27 til 33. Hvorvidt endringen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, beror derfor på om forlengelsen må anses som en vesentlig endring av rammeavtalen, jf. forskriften 28-1, jf. § 28-2.
- (40) I denne saken fremgikk det klart at innklagede skulle ha en ensidig rett til å forlenge kontrakten for ett år av gangen, inntil fire ganger. Slik klagenemnda ser det, består endringen kun av at man har sett bort fra et kontraktsvilkår om at opsjonene skulle utløses senest tre måneder før utløpet av kontrakten. Dette vilkåret har som formål å ivareta leverandørens behov for å vite om avtalen utløper eller blir forlenget. Hensynet til andre potensielle leverandører er ivaretatt gjennom kunngjøringen. Kontraktens gjenstand, verdi og varighet har forblitt den samme som det fremgikk av kunngjøringen, og endringen kan derfor ikke anses vesentlig. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (41) Klagenemnda bemerker at den første opsjonen ble utløst mer enn to år før klagen ble brakt inn for nemnda. Påstand om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å utløse den første opsjonen i tide er dermed uansett for sent fremsatt jf. klagenemndsforskriften § 13a.

Forlengelser av kontrakten med Entelios AS etter dens utløp

- (42) Innklagede forlenget kontrakten med Entelios AS utover dens løpetid i tre omganger, i totalt syv måneder. Spørsmålet er om disse forlengelsene utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (43) Forskriften § 28-1 (1) angir hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften.
- (44) Økt vederlag i kraft av forlengelsene er etter det opplyste samlet på 68 073 kroner. Det samlede vederlaget for alle forlengelsene er under terskelverdiene i forskriften § 5-3, og under 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Forlengelsene utgjør derfor lovlige endringer, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav b.
- (45) Forlengelsene av kontrakten etter dens utløp utgjør lovlige endringer av kontrakten, og utgjør derfor ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Kraftforvaltningsavtalen med Fjordkraft AS

- (46) 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.
- (47) 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.

- (48) Det er på det rene at innklagede Indre Østfold 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.
- (49) 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.
- (50) 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, Indre Østfold kommune. I konkurransegrunnlaget var det også oppgitt et estimat på hvor mye hver av oppdragsgiverne ville kjøpe årlig.
- (51) 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.
- (52) 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. 10 prosent av den estimerte verdien, som vil si 700 000 kroner over avtalens løpetid. Den estimerte verdien av innklagedes kjøp er altså under kunngjøringspliktig terskelverdi, jf. §§ 5-1 og 5-3.

Konklusjon:

Indre Østfold kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur