



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte i 2015 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler for entreprenørtjenester. Klagenemnda kom til at rammeavtalen for maskinentreprenørtjenester var vesentlig endret da differansen mellom kunngjort verdi og det beløp som det faktisk var kjøpt tjenester for var betydelig. På denne bakgrunn kom klagenemnda til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 1 590 000 kroner, som utgjorde ca. 10 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 14. mars 2020 i sak 2019/61

Klager: Oskar Brugrand AS

Innklaget: Lærdal kommune

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Kjersti Holum Karlstrøm

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Lærdal kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av maskinentreprenørtjenester. Oskar Brugrand AS (heretter *klager*) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev mottatt 24. januar 2019.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og at det skal ilegges et gebyr på 1 590 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Lærdal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. juni 2015 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om kjøp av entreprenørtjenester. Kommunen skulle inngå parallelle rammeavtaler med tre leverandører innenfor fem tjenestegrupper. Denne klagen gjelder rammeavtalen for tjenestegruppen maskinentreprenørtjenester. Avtalens varighet var satt til tre år, med opsjon på ytterligere ett år. Tilbudsfrist var satt til 28. juli 2015.
- (4) I kunngjøringen og konkurransegrunnlaget var omfanget av rammeavtalen angitt slik:

Kontrakten sin verdi er vurdert til inntil kr 4 500 000,- samla for alle tenestegruppene i kontrakten si løpetid, som er inntil 4 år. Vi presiserer at dette er overslag basert på egen kjennskap til pris og planlagt aktivitet. Verdien fordeler seg slik på dei ulike tenestegruppene:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

<i>Tenestegruppe</i>	<i>Område</i>	<i>Stipulert verdi</i>
1	<i>Elektrikarteneste</i>	500 000,-
2	<i>Tømrarteneste</i>	1400 000,-
3	<i>Røyrleggjarteneste</i>	600 000,-
4	<i>Målararteneste</i>	500 000,-
5	<i>Maskinentreprenørteneste</i>	1500 000,-

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1 fremgikk det: «Følgjande innkjøpsprosedyre er vald: Open anbodskonkurranse i samsvar med Forskrift om offentlege anskaffingar § 14-1 (over terskel)».
- (6) Videre fulgte det i punkt 4.9 blant annet at: «Oppdragsgjevar tek atterhald om å kunne gå ut og førespørje pris hjå fleire tilbydarar ved enkeltkjøp/prosjektkjøp som overstig kr 500.000,-».
- (7) For «Tjenestegruppe 5 Maskinentreprenørteneste» mottok innklagede tre tilbud. Herunder fra Voll Lunde Maskin AS (heretter valgte leverandør) og Oskar Brugrand AS (heretter klager). Valgte leverandør ble innstilt som nummer én, klager som nummer to og siste tilbyder som nummer tre.
- (8) Innklagede inngikk rammeavtale med alle tre og bemerket at «Dette vil fungere slik at den leverandøren som er innstilt med 1. prioritet vil få avrop om arbeid først. Dersom leverandøren ikkje kan utføre oppdraget innan fristar fastsett i kontrakt, eller ikkje har kompetanse til å utføre oppdraget, vil neste tilbyder få tilbod om oppdraget osv.».
- (9) Rammeavtalen mellom innklagede og valgte leverandør ble signert 16. oktober 2015.
- (10) For klagenemnda har innklagede fremlagt en oversikt over innklagedes kjøp av maskinentreprenørtjenester fra valgte leverandør. Den viser kjøp for 619 300 kroner i 2015, 1 176 164 kroner i 2016 og 4 480 304 kroner i 2017. Av det sistnevnte beløpet skriver 4 236 367 kroner seg fra kjøp gjort etter 24. januar 2017. Oversikten viser videre kjøp for 11 650 825 kroner i 2018. Alle beløp er ekskl. mva.
- (11) Klager hevder å ha utført arbeid for 114 000 kroner i avtaleperioden. Av dette beløpet opplyser innklagede at det er kun ett fakturabeløp, pålydende 23 532 kroner, som er fra etter 24. januar 2017.
- (12) Innklagede har opplyst at opsjon på ytterligere ett års forlengelse av rammeavtalen ikke ble utløst. Rammeavtalen utløp 16. oktober 2018.
- (13) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved klage datert 24. januar 2019.
- (14) Nemndsmøte om utstedelse av forhåndsvarsel ble avholdt 17. februar 2020.

- (15) Klagenemnda sendte 21. februar 2020 ut varsel om illeggelse av et gebyr på 10 prosent av anskaffelsens verdi.
- (16) Ved skriv datert 12. mars 2020 meddelte innklagede at de ikke hadde ytterligere merknader til saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Innklagede har benyttet rammeavtalen for maskinentreprenørtjenester i langt større omfang enn rammeavtalens estimat ved kontraktsinngåelse. Selv om avropene innklagede har foretatt ligger innenfor den opprinnelige rammeavtalens tidsmessige og saklige virkeområde, foreligger det vesentlig utvidelse av rammeavtalens omfang som innebærer ulovlige vesentlige endringer av den aktuelle kontrakt. De aktuelle avropene er således foretatt uten rettslig grunnlag samt uten kunngjøring og konkurranse, og utgjør derfor ulovlige direkte anskaffelser for over 13 millioner kroner.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede bestrider å ha benyttet rammeavtalen på en slik måte at det er begått en ulovlig direkte anskaffelse. Det faktiske forbruket på rammeavtalen ligger innenfor det volumet som var påregnelig utfra tilgjengelig informasjon på kunngjøringstidspunktet. Det foreligger ikke grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr.
- (19) Foreldelsesfristen ble i alle tilfeller avbrutt ved klagenemndas brev av 24. januar 2019, slik at avrop foretatt før 24. januar 2017 er foreldet.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 24. januar 2019. Den delen av klagen som gjelder avrop foretatt fra mindre enn to år tilbake, er således rettidig.
- (21) Rammeavtalen for maskinentreprenørtjenester ble kunngjort i 2015. Avtalen utløp 16. oktober 2018. Spørsmålet i saken er om rammeavtalen ble vesentlig endret ved at denne er brukt i et større omfang enn estimert i anskaffelsesdokumentene.

Hvilket regelverk som kommer til anvendelse

- (22) Siden 1. januar 2017 har klagenemnda hatt myndighet til å ilegge offentlige oppdragsgivere overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.
- (23) Det følger av merknadene til lovens § 12 i Prop. 51 L (2015-2016) at «*[h]jemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr gjelder bare for ulovlige direkte anskaffelser som er foretatt etter lovens ikrafttredelse*».
- (24) Det presiseres i forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 1 at «*[a]nskaffelsesloven gjelder anskaffelser iverksatt etter lovens*

ikrafttredelse. En anskaffelse er iverksatt når den er kunngjort. En anskaffelse som ikke kunngjøres, er iverksatt når oppdragsgiveren har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse».

- (25) Overgangsregelens angivelse av når en anskaffelse er «iverksatt» synes ikke helt å treffe for situasjonen der en oppdragsgiver endrer tidligere inngåtte kontrakter. Klagenemnda er imidlertid av den oppfatning at der en endring av en eksisterende kontrakt skjer på initiativ fra en oppdragsgiver er det mest nærliggende å tolke overgangsreglene slik at en endring av en eksisterende kontrakt anses «iverksatt», når oppdragsgiver har tatt initiativ til endringen. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse sak 2017/56, premiss 11 følgende, og sak 2017/145, premiss 41 følgende.
- (26) Under en rammeavtale gjør oppdragsgiver løpende avrop. I en slik situasjon legger klagenemnda til grunn at det er de løpende avropene som utgjør iverksettelse av anskaffelsen i overgangsregelens forstand.
- (27) I denne saken har innklagede gjort de første avropene på rammeavtalen i 2015 og 2016. Klagenemnda har ikke kompetanse til å avgjøre om disse avropene representerer en ulovlig direkte anskaffelse, jf. både den nevnte forskriften om overgangsregler for anskaffelsesloven § 1, og den særskilte klagefristen på to år nedfelt i klagenemndsforordningen § 13a. Nemnda har imidlertid grunnlag for å ta stilling til om avropene gjort etter 24. januar 2017 representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Saken må derfor avgjøres ut fra bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser av 7. juni 2016 nr. 73 og forskriften av 12. august 2016 nr. 974.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring av kontrakt

- (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) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. forskriften §§ 5-1 andre ledd, og 8-17 første ledd. For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi foreligger det en plikt til å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen. For bygge- og anleggskontrakter var kunngjøringsplikten 1,1 millioner kroner ekskl. mva. frem til 6. april 2018. Med virkning fra 6. april 2018 ble terskelverdien hevet fra 1,1 til 1,3 millioner kroner. EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er 51 millioner kroner.
- (30) Rammeavtalen for maskinentreprenørtjenestene hadde i anbudsdokumentene en estimert verdi på 1 500 000 kroner. Allerede før 24. januar 2017 hadde innklagede gjort avrop som oversteg dette estimatet. Klagenemnda legger til grunn at det ved hvert avrop på rammeavtalen etter dette tidspunktet, ble iverksatt endringer.
- (31) I perioden 24. januar 2017 til 16. oktober 2018, har innklagede etter det opplyste gjort avrop på rammeavtalen på til sammen 15 887 192 kroner ekskl. mva. til valgte leverandør og 23 532 kroner ekskl. mva. til klager – totalt 15 910 724 kroner ekskl. mva.
- (32) Klagenemnda har i tidligere praksis presisert at lovligheten av endringer som fører til prisøkning, både etter forskriften del II og del III skal «beregnes på grunnlag av den

samlede prisøkningen som følge av alle endringene». Nemnda kan ikke se at det er grunn til å oppstille en annen regel for et tilfelle som det foreliggende, hvor det er tale om løpende avrop på en rammeavtale. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2017/145, premiss 53. Ut fra den samlede verdien av avropene, må vurderingen av om endringene er vesentlige, vurderes etter reglene i del II.

- (33) Det følger av forskriften § 11-2 (1) at oppdragsgiver kan foreta *«endringer som ikke er vesentlige i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften»*. Av bestemmelsens andre ledd følger det at en endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.
- (34) Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at de rettslige rammer for vesentlighetsvurderingen i forskriftens del III vil være av rettslige relevans ved fastleggelse av vesentlighetsvurderingen etter forskriftens del II. Det er likevel slik at adgangen til å gjøre endringer i kontrakter som følge forskriftens del II etter omstendighetene vil kunne være noe videre. Ordlyden i forskriften § 28-2 bokstav c) om at en endring alltid er vesentlig dersom den utvider kontraktens omfang betydelig, vil derfor også som et utgangspunkt få betydning for tolkningen av vesentlighetsvurderingen etter del II.
- (35) For å ta stilling til dette må det derfor foretas en konkret sammenligning av avtaleforholdet før og etter endringen, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse 2010/212, premiss 37 til 38 med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 *presstext*.
- (36) Som det fremgikk av både kunngjøring og konkurransegrunnlag hadde rammeavtalen for maskinentreprenørtjenestene en estimert verdi på 1 500 000 kroner. Innklagede har anført at dette ikke kan tolkes bokstavelig og snevert, men at dette må tolkes i sammenheng med opplysningene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget for øvrig. På bakgrunn av dette er det derfor anført at det faktiske forbruket på rammeavtalen ligger innenfor det volumet som var påregnelig ut i fra en slik tolkning. Det er anført at den estimerte verdien kun var et anslag basert på planlagte aktiviteter, og at arbeider som ikke var planlagt ville komme i tillegg. Innklagde har videre vist til at anskaffelsen var kunngjort som en del III-anskaffelse, for å gi markedet en klar beskjed om at bygge- og anleggskontrakten var en anskaffelse som var estimert til å kunne overstige 39 millioner.
- (37) Klagenemnda er ikke enig med innklagede i disse betraktningene. Anskaffelsesdokumentene har klart angitt en estimert verdi på 1 500 000 kroner for maskinentreprenørtjenestene som skulle kjøpes i løpet av avtaleperioden. De eventuelle spredte opplysninger i konkurransedokumentene om kjøp ut over dette, er vanskelig å forutberegne den nærmere verdi av. Klagenemnda er derfor av den oppfatning at et spesifisert estimert beløp angitt i både kunngjøring og konkurransedokumenter, må legges til grunn. At innklagede har valgt å kunngjøre anskaffelsen etter forskriften del III i TED-databasen, endrer ikke på dette.
- (38) Etter klagenemndas vurdering er differansen mellom det kunngjorte estimert beløp og det beløp som det faktisk er kjøpt tjenester for betydelig. Dersom det hadde fremgått av anskaffelsesdokumentene at estimert verdi på rammeavtalen ville være i størrelsesorden 16 000 000 kroner, anser klagenemnda det som svært sannsynlig at andre leverandører kunne ha vært interessert i å delta i konkurransen. I denne vurderingen er det etter praksis uten betydning om endringen kunne ha ført til et annet utfall i konkurransen. Formålet

bak forbudet om betydelige utvidelser av en eksisterende avtaler, er ikke primært å sikre likebehandling og forutberegnelighet knyttet til den opprinnelige anskaffelsen, men å sikre at etterfølgende behov for nye anskaffelser blir gjort til gjenstand for konkurranse, jf. prinsippet om at offentlige innkjøp skal være gjenstand for konkurranse, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2016/196, premiss 37.

- (39) I EU-domstolens avgjørelse i C-216/17 *ASST*, uttaler EU-domstolen at oppdragsgiver *«kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, der er klart udpeget i denne aftale, inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger»*, jf. avgjørelsen avsnitt 61. Klager fremholder at EU-domstolens uttalelse må tas til inntekt for at alle avrop over terskelen i rammeavtalen vil utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Den betydelige beløpsmessige utvidelsen av rammeavtalen sammenlignet med estimert verdi medfører at klagenemnda ikke finner det nødvendig å uttale seg om den nærmere rekkevidden av EU-domstolens uttalelse i C-216/17, herunder kommentere innklagedes anførsel om at rammeavtaler i utgangspunktet har større rom for fleksibilitet. Prisøkningen som følge av endringene utgjør en mangedobling av den opprinnelige verdien av rammeavtalen, og etter nemndas syn kan det da ikke være tvilsomt at avropene på rammeavtalen etter nevnte EU-domstolspraksis ikke kunne foretas uten å gjennomføre en ny konkurranse. Klagenemnda er derfor kommet til at det er foretatt en ulovlig vesentlig endring av rammeavtalen.
- (40) Klagenemnda kan ikke se at noen av unntaksbestemmelsene i forskriften § 5-2 kommer til anvendelse i denne saken, og innklagede har heller ikke har påberopt seg dette.
- (41) Innklagedes avrop på rammeavtalen i perioden 24. januar 2017 til 16. oktober 2018 utgjør etter dette en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (42) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, at klagenemnda *«skal»* ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelses verdi dersom *«oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse»*. Av andre punktum fremgår det at klagenemnda *«kan»* ilegge gebyr dersom *«oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse»*.
- (43) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7 b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser klagenemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (44) Innklagede har gjort avrop som utgjør en mangedobling av den opprinnelige verdien av rammeavtalen, uten at det har blitt kunngjort en ny konkurranse. Det er ikke vist til forhold som kan unnta kjøpene fra kunngjøringsplikt. Innklagede har heller ikke funnet grunn til å kommentere dette ytterligere i kommentarer til forhåndsvarselet. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har handlet på en måte som kan karakteriseres som grovt uaktsom. Nemnda *«skal»* derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (45) Det fremgår av loven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «*bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen*», jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelses verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.
- (46) Offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser, herunder hvilket handlingsrom oppdragsgiver har med hensyn til å gjøre avrop på en rammeavtale. Det er etter klagenemnda syn en formildende omstendighet at anskaffelsen i utgangspunktet har vært konkurranseutsatt, og at avropene er innenfor rammeavtalens tidsmessige og saklige virkeområde. Rammeavtalens omfang er imidlertid overskredet i en så betydelig grad at det ikke er tvilsomt at tjenesten skulle ha vært kunngjort.
- (47) Med utgangspunkt i nemndas tidligere gebyrvedtak, finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på 10 prosent av de samlede utbetalingene på 15 910 724 kroner ekskl. mva., avrundet til 1 590 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Lærdal kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 1 590 000.

– enmillionfemhundreogtittusen – kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtaks dato.

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk