



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Trondheim kommune gjennomførte i 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om leasing, administrasjon og forsikring av kjøretøy. Den 1. mars 2018 inngikk innklagede en avtale om kjøp og omlegging av dekk og dekkhotelltjenester med valgte leverandør. Avtalen omfattet kommunens lette kjøretøy. Den 15. oktober 2019 ble avtalen utvidet til å omfatte også innklagedes tunge kjøretøy. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde hjemmel i rammeavtalen til å inngå avtalen, og avtalen utgjorde derfor en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på tolv prosent av avtalens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 27. november 2020 i sak 2020/193

Klager: Overaae AS

Innklaget: Trondheim kommune

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Karin Fløistad og Sverre Nyhus

Saken gjelder: Overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Trondheim kommunes (heretter *innklagede*) kjøp av dekk og dekkhotelltjenester for kommunens kjøretøy. Overaae AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. februar 2020.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 716 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av dekk og dekkhotelltjenester. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov av 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 23. oktober 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om leasing, administrasjon og forsikring av kjøretøy. Anskaffelsen ble kunngjort på vegne av innklagede selv, i tillegg til Trondheim parkering KF, Stavne Arbeid og Kompetanse KF, Bakklandet Menighets Omsorgsenter, Kystad helse og velferdssenter og Trondhjems Hospital. Anskaffelsens verdi ble estimert til 190 millioner kroner ekskl. mva. Rammeavtalen skulle ha en varighet på 2 år, med mulighet for forlengelse i 1 + 1 år. Tilbudsfrist var 27. november 2017.
- (4) I kunngjøringen ga innklagede en kort beskrivelse av anskaffelsen:

«Oppdragsgiver har behov for operasjonell leasing av kjøretøy, administrasjon av leasede og eide kjøretøy og forsikring. Pr. september 2017 har leaser Oppdragsgiver 589

kjøretøy og har administrasjon på ytterligere 54 kjøretøy, samt 10 drivstoffkort til aggregater og lignende. Det er forsikring på 956 kjøretøy/objekt».

- (5) Anskaffelsen var merket med hoved-CPV-kode 66516100 («Ansvarsforsikring for motorkjøretøyer») og følgende tilleggs-CPV-koder:

- 66514110 - Motorkjøretøysforsikring
- 50111100 - Forvaltning av vognpark
- 66114000 - Finansiell leasingtjenester
- 50110000 - Reparasjon og vedlikeholdstjenester på motorkjøretøyer og tilhørende utstyr
- 50111000 - Forvaltning av bilpark, reparasjon og vedlikeholdstjenester
- 50112000 - Reparasjon og vedlikeholdstjenester av biler
- 50113000 - Reparasjon og vedlikehold av busser
- 50114000 - Reparasjon og vedlikehold av lastebiler
- 50117000 - Ombygging og istandsettelse av kjøretøyer
- 50117100 - Ombygging av motorkjøretøyer
- 50117200 - Ombygging av ambulanser
- 50117300 - Istandsettelse av kjøretøyer

- (6) Tildelingskriteriene var «Kostnader» (40 %), «Løsningsbeskrivelse» (30 %) og «Miljø» (30 %).

- (7) Leverandørenes oppfyllelse av kriteriet «Løsningsbeskrivelse» skulle evalueres på bakgrunn av en rekke underpunkter, herunder blant annet «Bruk av leverandørs avtaler»:

*«**Bruk av Leverandørs avtaler:** dersom Leverandøren har avtaler med firma på bilrelaterte varer/tjenester så forbeholder Oppdragsgiver seg retten til å avrope på disse avtalene dersom Oppdragsgiver vurderer det som økonomisk gunstig eller det gir en merverdi. Oppgi hvilke avtaler og vilkår som kan tilbys til Oppdragsgiver».*

- (8) Innklagede mottok tre tilbud innen utløpet av tilbudsfristen, herunder fra Leaseplan Norge AS, ALD Automotive AS og Auto Plan AS.

- (9) Innklagede inngikk kontrakt med Leaseplan Norge AS (heretter *valgte leverandør*) 24. januar 2018.

- (10) Den 1. mars 2018 inngikk innklagede og valgte leverandør en avtale om kjøp og omlegging av dekk, samt dekkhotelltjenester:

«Trondheim kommune utløser opsjon på å benytte LeasePlans avtale på sesongomlegg og lagring av hjul, samt suppleringskjøp av dekk som ligger i dagens avtale på «Biladministrasjon og leasing av kjøretøy» (hovedkontrakten) mellom Trondheim kommune og LeasePlan. Det vil være Vianor som benyttes som underleverandør. Avtalen gjelder alle kommunens lette kjøretøy. Avtalen kan utvides til å omfatte hele, eller deler av, kjøretøyparken på tunge kjøretøy».

- (11) Avropsavtalen skulle følge rammeavtalens varighet, inkludert opsjonen på forlengelse i 1+1 år.
- (12) Den 15. oktober 2019 sendte innklagede en ny bestilling til valgte leverandør, hvor det fremgikk at avropsavtalen skulle utvides til å omfatte tunge kjøretøy:
- «Viser også til møtereferat fra statusmøtet 06.09.2019 punkt om dekk og dekkhotell og sender herved bekreftelse på utvidelse av dekk og dekkhotell til å også omfatte tunge kjøretøy fra og med vinter 2019/2020, slik at første omlegging hos dere skjer våren 2020».*
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. februar 2020. En klage på innklagedes kjøp av isbanemaskiner med utgangspunkt i den samme rammeavtalen, ble brakt inn for klagenemnda 11. desember 2019. Den 12. oktober 2020 ble innklagede ilagt et gebyr på ti prosent av avropets verdi, se sak 2019/697.
- (14) Overfor klagenemnda har innklagede opplyst at opsjonen på forlengelse av rammeavtalen er utløst. Avtalen er i medhold av dette forlenget til 28. februar 2021.
- (15) I anledning at klagen ble brakt inn for klagenemnda, har innklagede opplyst om at avtalen om kjøp av dekk, omleggings- og dekkhotelltjenester har en årlig verdi på omtrent 680 000 kroner ekskl. mva. og 1,24 millioner kroner ekskl. mva. for henholdsvis lette og tunge kjøretøy.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. oktober 2020.
- (17) Klagenemnda sendte 13. oktober 2020 varsel om ilegging av et gebyr på tolv prosent av anskaffelsens verdi.
- (18) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 3. november 2020. I anledning forhåndsvarselet, oppdaget innklagede en regnefeil i tidligere angitt estimert kontraktsverdi. Avtalen om kjøp av dekk, omleggings- og dekkhotelltjenester har en årlig estimert verdi på omtrent 990 000 kroner ekskl. mva. og 1,45 millioner kroner ekskl. mva. for henholdsvis lette og tunge kjøretøy. Innklagede har opplyst om at det totalt sett er gjort avrop for 5 966 229 kroner ekskl. mva.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Innklagedes kjøp av dekk, omleggings- og dekkhotelltjenester via valgte leverandør utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Avropet kan ikke hjemles i rammeavtalen.

Innklagedes anførsler:

- (20) Rammeavtalen som innklagede har med valgte leverandør, inneholder en opsjon for kjøp av bilrelaterte varer og tjenester. Avropsavtalen som omfatter dekk, omleggings- og dekkhotelltjenester er derfor ikke en ulovlig direkte anskaffelse, men er inngått i medhold av rammeavtalen.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå avtale med valgte leverandør om kjøp av dekk, omleggings- og dekkhotelltjenester.
- (22) 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). Dette inkluderer tilfeller hvor oppdragsgiver gjør avrop på en rammeavtale, hvor rammeavtalen ikke hjemler avropet. I slike tilfeller har oppdragsgiver i realiteten foretatt en ny anskaffelse uten forutgående kunngjøring av en konkurranse, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2014/45 og de forente sakene 2016/169, 2016/202 og 2017/1, jf. også forskriften § 26-2 (1).
- (23) Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver, under rammeavtaler med én leverandør, skal tildele kontrakter «*på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen*».
- (24) En rammeavtale har som formål å fastsette vilkårene for tildeling av kontrakter over en viss periode, jf. forskriften § 4-1 bokstav i. I fortalen til direktiv 2014/24, premiss 61, heter det at «*[r]ammeaftaler må ikke misbruges eller anvendes på en sådan måte, at konkurransen hindres, begrenses eller fordrejes*». Det er dette som er bakgrunnen for bestemmelsen i forskriften § 26-2, som altså krever at avropene ligger innenfor rammeavtalen, slik den ble kunngjort. Avrop som etter sitt innhold går ut over dette, vil som nevnt kunne utgjøre et brudd på kunngjøringsplikten, jf. C-340/02 *Kommisjonen mot Frankrike*, avsnitt 32 til 36, og C-423/07 *Kommisjonen mot Spania*. I den førstnevnte saken uttalte EU-domstolen at «*Princippet om likebehandling af de forskellige tjenesteydere, [...] og det princip om gennemsigtighed, [...] kræver således, at hver kontrakts genstand samt kriterierne for dens tildeling defineres klart*». Grensene for bruken av rammeavtaler må derfor trekkes på bakgrunn av de grunnleggende kravene i loven § 4, herunder særlig kravene til konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet.
- (25) Rammeavtalen i vår sak gjaldt leasing av kjøretøy, biladministrasjon og forsikring. Det var i utgangspunktet bare dette leverandørene konkurrerte om å levere.
- (26) Innklagedes anførsel om at rammeavtalen ga hjemmel for kjøp av dekk, omleggings- og dekkhotelltjenester, bygger som nevnt på at innklagede – under tildelingskriteriet «*Løsningsbeskrivelse*» – åpnet for «*Bruk av leverandørs avtaler*»:
- «[D]ersom Leverandøren har avtaler med firma på bilrelaterte varer/tjenester så forbeholder Oppdragsgiver seg retten til å avrope på disse avtalene dersom Oppdragsgiver vurderer det som økonomisk gunstig eller det gir en merverdi. Oppgi hvilke avtaler og vilkår som kan tilbys til Oppdragsgiver».*
- (27) En slik rett til på generelt grunnlag å benytte seg av leverandørenes avtaler knyttet til «*bilrelaterte*» varer og tjenester, uten noen nærmere angivelse av hva leverandørene her konkurrerer om å levere, er utvilsomt i strid med de kravene som anskaffelsesregelverket stiller, herunder de grunnleggende kravene til konkurranse, forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4. Klagenemnda viser i denne sammenheng også til EU-domstolens avgjørelse i sak C-340/02 nevnt ovenfor, hvor EU-domstolen i avsnitt 36 uttaler at «*den blotte mulighed for, at kontrakten vedrørende den anden fase tildeles på grundlag af kriterier, der er fastsat for en anden kontrakt, nemlig den, der omhandles i den første fase, ikke kan sidestilles med en indgåelse af førstnævnte kontrakt i overensstemmelse med en af fremgangsmåderne i direktivet*».

- (28) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn klart at rammeavtalen av 24. januar 2018, om leasing av kjøretøy, biladministrasjon og forsikring, ikke ga hjemmel for innklagede til å inngå den aktuelle avropsavtalen om kjøp av dekk, omleggings- og dekkhotelljenester. Denne avropsavtalen ble med andre ord ikke inngått *«på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen»*, jf. forskriften § 26-2 (1).
- (29) Avropsavtalen som innklagede har inngått i denne saken, ligger i beløp over terskelverdien for når kunngjøringsplikten inntreffer, jf. forskriften § 5-1. Det er den samlede verdien av avropsavtalen, basert på dens totale løpetid, som er av betydning for kunngjøringsplikten, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2014/45 avsnitt 40. Ved avtaleinngåelsen 1. mars 2018 hadde avtalen etter det opplyste en samlet verdi på 1 980 000 kroner. Da avtalen ble utvidet til å omfatte tyngre kjøretøy, og da den ble forlenget, økte verdien til 4 420 000 kroner. Avropsavtalen skulle derfor ha vært kunngjort.
- (30) Den omstendighet at innklagede inngikk avtalen om kjøp av dekk, omlegging- og dekkhotelljenester uten å kunngjøre anskaffelsen, utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (31) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning at klagenemnda *«skal»* ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi dersom *«oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse»*. Av annet punktum fremgår det at klagenemnda *«kan»* ilegge gebyr dersom *«oppdragsgiveren eller noen som handler på denne vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse»*.
- (32) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7b 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 sak 2017/147, avsnitt 55 og utover.
- (33) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Som det fremgår av avgjørelsen, er ikke klagenemnda i tvil om at innklagede ikke hadde hjemmel i rammeavtalen til å inngå avropsavtalen. Dette skyldes utformingen av konkurransegrunnlaget, som innklagede er ansvarlig for.
- (34) Klagenemnda finner samlet sett at innklagedes opptreden må karakteriseres som grovt uaktsomt. Nemnda *«skal»* derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (35) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76.
- (36) Det fremgår av anskaffelsesloven § 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 anskaffelsens verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.

- (37) En gjennomgang av nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpende omstendigheter, se senest klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (38) Klagenemnda finner det ikke tvilsomt at avtalen om kjøp av dekk, omlegging- og dekkhotelljenester, ikke kunne hjemles i rammeavtalen. Et grunnleggende formål med anskaffelsesregelverket er at oppdragsgivere utformer konkurransegrunnlaget på en slik måte at det sikrer konkurranse om offentlige anskaffelser. Innklagedes utforming av konkurransegrunnlaget i denne saken, herunder den helt generelle retten til å gjøre avrop på «bilrelaterte» varer og tjenester – uten at verken omfang eller vilkår er nærmere spesifisert – er klart i strid med dette formålet. I motsetning til det som var tilfellet i sak 2019/697 nevnt ovenfor, som altså gjaldt den samme rammeavtalen – og hvor nemnda som nevnt ila et overtredelsesgebyr på ti prosent – har leverandørene i vår sak ikke konkurrert på kostnaden av noe av det som skal leveres.
- (39) Med dette som bakgrunn finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på tolv prosent av avropenes totale verdi på 5 966 229 kroner, avrundet til 716 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Trondheim kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 716 000 kroner.

- syvhundreogsekstentusen - kroner.

Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets 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,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk