



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en anskaffelse av rammeavtale om kjøp av brøytekjøretøy til flyplasser. Klager anførte at leveransen var forsinket og på klagetidspunktet ikke levert i henhold til konkurransegrunnlaget, og at innklagede ikke hadde håndhevet misligholdet. Klager mente derfor at kontrakten var vesentlig endret, og dette utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Anførselen førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 11. oktober 2023 i sak 2023/230

Klager: Aebi Schmidt Norge AS

Innklaget: Avinor AS

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Alf Amund Gulsvik, Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Avinor AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. oktober 2020 en konkurranse for anskaffelse av rammeavtale om kjøp av brøytekjøretøy til lufthavner med autonome løsninger. Rammeavtalen hadde en varighet på 5+3 år. Estimert verdi for kontrakten, inkludert opsjoner og en tilhørende vedlikeholdsavtale, var 300 til 400 millioner kroner.
- (2) Konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling etter forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) del II, jf. § 19-7 andre ledd. Tre leverandører søkte om deltagelse i konkurransen. To av dem, Aebi Schmidt Norge AS (heretter *klager*) og Øveraasen AS (heretter *valgte leverandør*) ble 20. november 2020 invitert til å inngi tilbud. Tilbudsfrist var 7. desember 2020.
- (3) Kontrakt ville bli tildelt på bakgrunn av tildelingskriteriene «Kvalitet» (50 prosent) og «Kostnad» (50 prosent). Kvalitetskriteriet var delt i tre produktgrupper med tilhørende vekting slik:

Kvalitet leveringsevne					
Produktgruppe	Ref. vedlegg	Krav	Vekting	Delvekting	Leveranse
1	B.1	Trukken sope blås maskin	50 %		Trukken
					Wide konsept
2	C.1	Kompakt sope blås maskin	20 %		
3	D.1	Autonome kjøretøy	30%	80 %	Løsningsbeskrivelse
	D.3	IT krav		20 %	IT teknisk

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (4) Bakgrunnen og formålet med anskaffelsen var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlagets vedlegg A.1 «*Oppdragsbeskrivelse*». Av beskrivelsen fulgte det at innklagede disponerte totalt omtrent 150 sope-blåsemaskiner fordelt mellom trukne maskiner og kompakte maskiner. Formålet med anskaffelsen var å dekke innklagedes behov for utskiftning av eksisterende sope- og blåsemaskiner i avtaleperioden. Denne utstyrgruppen var representert ved alle innklagedes lufthavner. Videre ville innklagede be om autonome løsninger, samt etterspørre løsninger for bredere maskiner («*wide-konsept*»). Det fremgikk at innklagede var helt avhengig av sikker leveranse på produktene for å kunne holde lufthavnene åpne, spesielt under vinterdriften.
- (5) Videre fulgte det at innklagede hadde besluttet å etablere et internt prosjekt for testing og stegvis innfasing av 12 automatiserte brøytekjøretøy ved Oslo Lufthavn i perioden frem mot 2023. Det sto videre at «*Eksakt antall enheter som bestilles for de første leveranser i 2021/2022 vil vi komme tilbake til. Resultatene av pilot testing og innfasing av første leveranse vil være avgjørende for når uttak av resterende enheter vil komme.*»
- (6) Det var utarbeidet fire kravspesifikasjoner, som alle skulle besvares, og som hadde tilhørende evalueringsskjemaer til hvert punkt under tildelingskriteriet (B.1, C.1, D.1 og D.3).
- (7) Kravspesifikasjon D.1 gjaldt autonome kjøretøy. Under punkt A.3 «*Hovedoppgaver*», sto det at leverandørene skulle:
- «Levere et styringssystem som gir mulighet for planlegging, styring og overvåking av operasjoner på flyside ved Avinors lufthavner på en trygg og sikker måte. Leverandøren forplikter seg til å samarbeide med Avinor på løpende utviklingsarbeid av løsningene i avtaleperioden.*
- Leverandør skal aktivt delta i innfasing av systemet og bidra i samarbeid med Avinor med gode løsninger og utarbeidelse av dokumentasjon som vil kreves.»*
- (8) Under punkt D.1 «*Implementeringsplan*», sto det at leverandøren skulle vedlegge en realistisk leveranse/implementeringsplan. Videre sto det:
- «Planen skal inneholde forventede aksjoner i tidslinje.
Eventuelle avhengigheter skal fremkomme i oversikten.
Senario:
Leveranse til fase 1 ved Oslo Lufthavn.
Automatisert drift av 6-8 maskiner som rydder rullebaner og taksebaner
Omfatter leveranse av 7-10 trukne sope blåsemaskiner i bred utgave»*
- (9) I punkt D.4 «*Risikovurdering*» sto det at leverandørene skulle vise hvordan risiko og fareidentifisering håndteres, «*og skal bidra i samarbeid med Avinor med gjennomføring av analyser og vurdering som kreves både ved implementering og drift.*»

- (10) Kravspesifikasjon C.1 gjaldt kompakt sope blåsemaskin. Under spesifikasjonen punkt 1.1 «Generelt», sto det at spesifikasjonen inneholdt krav til sope- og blåsemaskiner «som skal kunne automatiseres for førerløs drift.» Kapittel 4 het «Automatisering», og i punkt 4.1 «Styring» sto det at leverandøren skal tilby komplette enheter «som skal kunne styres automatisert ihht krav i «Vedlegg D.1 kravspesifikasjon Autonome Sope-blåsemaskiner»».

- (11) Av konkurransegrunnlaget fulgte det at kontrakten ville baseres på følgende dokumenter:

«Vedlegg K: Avtaledokumentet for rammeavtalen er delvis basert på SSA-R og er overordnet for alle elementer i avtalen.

Vedlegg L: For kjøp/avrop av brøytekjøretøy under rammeavtalen gjelder Avinors standardvilkår for varekjøp.

Vedlegg M: For kjøp/avrop av service og vedlikeholdstjenester gjelder Avinors standardvilkår for tjenestekjøp.

Vedlegg N: For kjøp/avrop av IKT og autonome løsninger under rammeavtalen gjelder avtalen SSA-K.

Vedlegg O: For kjøp/avrop av service og vedlikeholdstjenester for IKT og autonome løsninger gjelder avtalen SSA-V.»

- (12) Vedlegg L gjaldt avropene på brøytekjøretøy som ble gjort under rammeavtalen. Kapittel 2.2.7 regulerte forsinkelse av leveransen. Punkt 2.2.7.2 viste til sanksjoner etter kjøpsloven, og etter punkt 2.2.7.3 skulle leverandøren betale dagmulkt ved forsinkelse dersom dette var avtalt. Av punkt 2.1.6 fulgte det at ved forsinket levering skulle leverandøren betale dagmulkt på to promille av opprinnelig kontraktsvederlag ekskl. mva., minimum 1 000 kroner per dag. Samlet dagmulkt kunne ikke overstige 15 prosent av endelig kontraktsvederlag ekskl. mva.

- (13) Kjøp og avrop av IKT- og autonome løsninger var regulert av vedlegg N. I vedleggets punkt 2.1.5 «Tid og sted for Leverandørens ytelse», sto det at programvare og utstyr skulle være levert innen de frister som fremgikk av vedlegg D.1, D.3 eller D.5.

- (14) I punkt 5.1.1 «Mislighold», sto det at «Det foreligger mislighold fra Leverandørens side hvis ytelsen ikke er i samsvar med de funksjoner, krav og frister som er avtalt», likevel slik at det ikke forelå mislighold hvis forholdet skyldtes innklagede eller force majeure.

- (15) Kapittel 6 gjaldt sanksjoner ved mislighold. Kapitlet hadde egne punkt om tilbakehold, dagbot, prisavslag, heving og erstatning. I punktet om dagbot sto det:

«Blir ikke avtalt tidspunkt for levering (leveringsdag), eller annen frist som partene i kravspesifikasjonene eller evalueringsskjema har knyttet dagbøter til, overholdt, og det ikke skyldes force majeure eller Kundens forhold, foreligger en forsinkelse fra Leverandørens side som gir grunnlag for dagbot.

Dagboten påløper automatisk. Dagboten utgjør 0,15 % av samlet vederlag for leveransen (kontraktssummen) ekskl. merverdiavgift for hver kalenderdag forsinkelsen varer, men begrenset til maksimalt 100 (hundre) kalenderdager.»

- (16) Innen tilbudsfristen leverte både valgte leverandør og klager tilbud.
- (17) Valgte leverandørs besvarte kravspesifikasjon C.1 (kompakt sope blåsemaskin) punkt 4.1 «*Styring*» slik:
- «ØAS: Oppfylles.
- Forberedelse for autonomi er lagt inn i under opsjoner i vår prisliste. Øvrig informasjon og priser er oppgitt i **VEDLEGG D.1 – D.3 og D.5**»
- (18) Klagenemnda har ikke tilgang til implementeringsplanen som valgte leverandør leverte som en del av tilbudet. Innklagede har opplyst at implementeringsplanen forutsatte at brøytekjøretøyene skulle leveres i puljer, og etter hvert som brøytekjøretøyene ble levert, skulle det gjøres testing og implementering av den autonome løsningen. Det var fastsatt at innklagede skulle kunne starte drift med autonome brøytekjøretøy med sikkerhetssjåfør starten av vinteren 2022/2023.
- (19) Innklagede informerte om valg av leverandør 12. mars 2021.
- (20) Av tildelingsbrevet fulgte det at valgte leverandør oppnådde 50 poeng på kvalitetskriteriet, og 48,95 poeng på kostnadskriteriet, totalt 98,95 poeng. Klager oppnådde 45,87 poeng på kvalitetskriteriet, og 50 poeng på kostnadskriteriet, totalt 95,87 poeng. Under kvalitetskriteriet oppnådde valgte leverandør høyeste score på alle underkriteriene. Det var størst avstand mellom oppnådd score på underkriteriet «*Autonomi*».
- (21) Rammeavtalen ble signert 2. og 3. april 2021.
- (22) I en pressemelding 8. april 2021, opplyste NTB at de hadde inngått en rammeavtale om innkjøp av brøytebiler med autonome løsninger. Det sto blant annet at «*Etter planen skal flere autonome kjøretøy settes i drift på Oslo lufthavn vinteren 2021/2022.*»
- (23) Innklagede gjorde 12. mai 2021 avrop på 12 autonome brøytekjøretøy til Oslo lufthavn. Avropet inkluderte 12 brøytekjøretøy, samt den tekniske løsningen for å kunne kjøre autonomt.
- (24) I brev av 23. desember 2021, varslet valgte leverandør om en vesentlig økning i leveringstider for deler til brøytekjøretøyene, og at leveransen av kjøretøy til Oslo lufthavn ville bli forsinket. Det ble vist til at «*Corona-pandemien og er blitt et gjennomgående, stort problem for nærmest alle bransjer. Dette er forhold fullstendig utenfor vår kontroll og som ingen kunne ha sett komme*».
- (25) Det første kjøretøyet ble overlevert innklagede ved årsskiftet 2021/2022. De resterende trekkvognene som var bestilt (nr. 2. til 12) var rammet av forsinkelsene.
- (26) De første månedene i 2022 var det ukentlige møter mellom innklagede og valgte leverandør.
- (27) I møtereferat 17. januar 2022, gjennomgikk man status for de ulike leveransene. Det fremgikk blant annet at lite snø medførte at man ikke fikk testet så mye som man ønsket.

- (28) På bakgrunn av forsinkelsene ble det utarbeidet en ny implementeringsplan, som ble presentert 24. januar 2022. Det følger av referatet at det skulle komme en maskin i uken fra og med uke 9, og at man skulle få to maskiner i mai, juni og juli.
- (29) I møtetreferat 7. februar 2022, ble status for leveransene diskutert på nytt. Det sto blant annet at all testing som er mulig uten snø må gjennomføres fortløpende. Under punkt 8 «Avinor – Myndighet/Sentrale/Risikoanalyser», fremgikk det at man hadde «Planer om å sende en søknad ila april, målsetning: kjøre autonomt ila 15.04.»
- (30) I møte 28. februar 2022 fremgikk det at et av kjøretøyene ble forsinket, men at andre deler av leveransen gikk som planlagt. Det ble vist til at mangel på snø ga bekymring for testmulighetene. I tillegg ble det vist til høyt sykefravær, og at krigen i Ukraina kunne gi forsinkelser i tiden fremover.
- (31) I møte 4. mars 2022 ble det vist til høyt sykefravær hos valgte leverandør. I samme møte påpekte innklagede at det var svært viktig at de autonome kjøretøyene ble satt i drift kommende vintersesong.
- (32) I brev av 8. mars 2022 skrev innklagede til valgte leverandør:

«Avinor AS viser til deres brev av 23.12.2021, samt etterfølgende ukentlige møter mellom partene.

Avinor tar til etterretning at leveranse av 12 maskiner til Oslo lufthavn og 2 maskiner til Evenes Lufthavn er og vil bli forsinket sett opp mot opprinnelige og avtalte leveringsdatoer.»

- (33) Innklagede gikk i brevet gjennom avtalte datoer for levering, og understreket også at hardware for automatisert kjøring lå som en del av enhetsleveransene, samt milepæler for igangkjøring og implementering.
- (34) Innklagede viste deretter til bestemmelsene om forsinkelse og dagbøter, før brevet fortsatte:

«Slik Avinor vurderer det er det lite tvilsomt at leveransene som et utgangspunkt er forsinket etter avtalt leveringsplan/implementeringsplan [sladd] Av rammeavtalens pkt. 25.2. fremkommer det imidlertid at Øveraasen AS kan ha krav på fristforlengelse for leveransene for «Forhold utenfor Leverandørens kontroll».

Vi legger i lys av deres brev datert 23.12.2021 og etterfølgende møter til grunn at det bes om en fristforlengelse som følge av krevende logistikkutfordringer under Covid-19, særlig gjelder dette for leveranser av halvledere der det er en global mangel på deler.

Avinor har funnet å kunne gi fristforlengelse i tråd med planlagte leveransedatoer angitt ovenfor, slik at det ikke vil bli fremmet krav som følge av forsinkelse, herunder dagbøter for leveransene forutsatt at maskinene leveres innenfor de uker som er angitt ovenfor.»

- (35) Videre skrev innklagede om fremdriften:

«Slik Øveraasen er kjent med er det vesentlig for Avinor at disse datoene overholdes, for å kunne testet et tilstrekkelig antall maskiner i løpet av vintersesongen 2021/2022 samtidig som resterende maskiner leveres i god/tilstrekkelig tid før vintersesongen

2022/2023 starter opp. Vi forutsetter at Øveraasen gjør sitt ytterste for å overholde leveranseplan [sladd] og vil for ordens skyld gjøre oppmerksom på at forsinkelseskrav, herunder dagmulktkrav, vil kunne bli gjort gjeldende fra Avinors side om leveranseplan [sladd] ikke overholdes.»

- (36) I møte 14. mars 2022, ble det vist til krigen i Ukraina samt problemer med innklagedes infrastruktur, som årsak til ytterligere forsinkelser.
- (37) I starten av april 2022 leverte valgte leverandør brøytekjøretøy nr. 2 – 4. Gitt dato for leveringen, ble ikke vintertesting gjennomført på dette tidspunktet.
- (38) I brev 6. september 2022, redegjorde valgte leverandør på nytt om forsinkelsene, blant annet knyttet til halv-ledere, som er viktige for produksjonen av elektroniske komponenter. Det ble vist til Covid-19 og krigen i Ukraina som årsaker til forsinkelsene, og uttalt at *«virkningene av krigen i Ukraina var vesentlig mer dramatisk enn pandemien.»* Valgte leverandør omtalte det som en *«world-wide shortage of components»*, og at mange leverandører i Europa opplevde de samme problemene. Valgte leverandør skrev at forholdene var av en slik art at det lå utenfor deres kontroll og påvirkning.
- (39) De siste brøytekjøretøyene ble overlevert 10. oktober 2022.
- (40) I brev 25. oktober 2022, varslet innklagede krav om dagmulkt knyttet til forsinkelsen av brøytekjøretøyene. Innklagede viste til valgte leverandørs brev av 6. september 2021, der det var pekt på årsaker til forsinkelsene. Innklagede skrev videre at det imidlertid ikke fremkom *«konkret hvor mange dagers forsinkelse de enkelte forhold/faktorer har bidratt med av forsinkelse utover leveranseplan v8, som partene var enige om i mars 2022 og som ble akseptert av Avinor uten at dagmulkt ble gjort gjeldende.»*
- (41) Videre skrev innklagede at det heller ikke fremkom om valgte leverandør mente *«forsinkelsene i sin helhet mellom leveranseplan v8 og v9 skyldes hindringer utenfor selskapets kontroll, som Øveraasen ikke kunne unngått eller overvunnet følgene av.»*
- (42) Innklagede påpekte at prosjektet må ha vært krevende gitt situasjonen i leverandørmarkedet, men *«stiller likevel spørsmål ved om hele eller deler av de totalt antall forsinkelsesdager på [sladdet] kunne vært unngått/overvunnet følgene av, gitt Øveraasens redegjørelse.»*
- (43) Det ble vist til at det allerede forelå forsinkelser før en del av de påberopte forholdene inntraff, og at konsekvensene av Covid-19 var godt kjent i mars 2022. Det ble stilt spørsmål ved om valgte leverandør bestilte alle komponenter tidnok, og om valgte leverandør hadde forsøkt å løse sykdomsproblemer ved innleie eller vikarbruk, og om delleveranser kunne vært levert tidligere ved hjelp av underleverandører.
- (44) Innklagede tilbød en reduksjon i antall dager dagmulkten skulle løpe. Dersom valgte leverandør ikke godtok dette, ba man om en redegjørelse for spørsmålene som var reist.
- (45) Hva gjaldt autonomi-leveransen, varslet innklagede at man vurderte å fremme krav på dagmulkt og erstatning. Til sikkerhet for kravet, fremmet innklagede et tilbakeholdskrav, samt tilbakehold av betaling av lisenskostnader. Innklagede skrev at man så *«med bekymring på fremdriften innenfor IT og autonomi»* og *«ba om en snarlig skriftlig*

redegjørelse på oppdatert fremdriftsplan, herunder med en forklaring på forsinkelsene og hva som vil bli gjort fra Øveraasens side for å begrense forsinkelsene ytterligere».

- (46) Valgte leverandør svarte innklagede om forsinkelsen av brøytekjøretøyene 6. desember 2022. Valgte leverandør anførte at forsinkelsene skyldtes forhold utenfor valgte leverandørs kontroll, og at tilbakeholdet var urettmessig. Valgte leverandør anførte at man hadde gjort det som med rimelighet kunne forventes for å overvinne følgene av forsinkelsene.
- (47) I brev 14. desember 2022, svarte valgte leverandør om forsinkelsene knyttet til autonomileveransen. Valgte leverandør viste til at de samme forholdene gjaldt for autonomileveransen som for brøytekjøretøyene, og at implementeringen av den autonome løsningen ikke kunne starte før brøytekjøretøyene var levert. Videre ble det vist til at vinteren hadde gitt lite snø, og at forsinkelsene hadde medført at kjøretøyene ble levert på en årstid der man ikke kunne teste løsningen.
- (48) I brev 22. desember 2022, svarte innklagede at man ikke opprettholdt kravet på dagmulkt for brøytekjøretøyene. Vedrørende autonomileveransen, ba innklagede om en plan for slutføringen av prosjektet. Innklagede opprettholdt tilbakeholdskravet, som følge av at siste milepæl i betalingsplanen ikke var oppnådd og som sikkerhet for et eventuelt dagmulkt- eller erstatningskrav.
- (49) I brev 23. desember 2022 leverte valgte leverandør en oppdatert leveranseplan. Samtidig bestred valgte leverandør at det var grunnlag for tilbakehold av betalingen for brøytekjøretøyene.
- (50) I brev 11. januar 2023 opplyste innklagede at utestående for brøytekjøretøyene var utbetalt. Innklagede opplyste om at varslede krav om dagmulkt og/eller erstatning knyttet til autonomileveransen ikke var frafalt, at tilbakeholdskravet i den anledning ble opprettholdt, og at endelige økonomiske konsekvenser ikke ville være kjent for full funksjonalitet var oppnådd.
- (51) I brev 3. mars 2023 fra klager til innklagede, anførte klager at valgte leverandør ikke hadde levert autonome kjøretøy i tråd med kravene i konkurransegrunnlaget. Det ble anført at det var sjåfører i de autonome brøytekjøretøyene, og at innklagede ennå ikke hadde fått godkjent de autonome systemene.
- (52) I brev fra innklagede til klager 22. mars 2023, bekreftet innklagede at man på dette tidspunktet brukte sikkerhetssjåfører i brøytekjøretøyene med autonom løsning, og at dette ville bli gjort inntil man var sikker på at alle interne prosedyrer og planer for snøbrøyting fungerte tilfredsstillende. I tilsvaret til klagenemnda 5. mai 2023, opplyste innklagede at *«Brøytekjøretøyene er på nåværende tidspunkt på et teknisk nivå hvor autonom drift kan iverksettes. Avinor har likevel valgt å beholde sikkerhetssjåfører i brøytekjøretøyene som følge av egne sikkerhetskrav og for å oppfylle vilkårene i Lufthavnsmyndighets godkjenning.»* Samtidig opplyste innklagede at man på tidspunktet for tilsvaret fortsatt opprettholdt tilbakeholdskravet for dagmulkt og erstatning.
- (53) Saken ble brakt inn for klagenemnda 31. mars 2023.
- (54) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. oktober 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (55) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved å akseptere valgte leverandørs vesentlige mislighold av kontrakten.
- (56) Valgte leverandør var kontraktsrettslig forpliktet til å levere autonome brøytekjøretøy innen vintersesongen 2021/2022. Valgte leverandør har ennå ikke levert autonome brøytekjøretøy. Årsakene som valgte leverandør har vist til for forsinkelsene, kan ikke påberopes som grunnlag for suspensjon av forpliktelsen til rettidig levering eller ileggelse av dagmulkt ved forsinket levering.
- (57) Innklagede har ikke håndhevet kontrakten i tilstrekkelig grad. Innklagede har i realiteten akseptert kjøretøy som ikke er autonome. Dersom innklagede ikke hadde etterspurt autonome kjøretøy i anskaffelsen, kunne dette påvirket hvem som kunne levere tilbud og utformingen av tilbudene. Videre har den manglende håndhevelsen endret den økonomiske balansen i kontrakten.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (58) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (59) Forsinkelsen av leveransen av kjøretøy skyldtes en kumulasjon av ulike hindringer utenfor valgte leverandørs kontroll, som valgte leverandør med rimelighet ikke kunne ventes å ha tatt i betraktning på avtaletidspunktet, og som valgte leverandør heller ikke kunne forventes å unngå eller overvinne følgene av. Innklagedes kontraktsoppfølging har uansett ikke vært mangelfull. Innklagede har aktivt fulgt opp kontraktsforholdet og forsinkelsene. Innklagedes vurdering av at misligholdsanksjoner ikke burde anvendes tatt i betraktning årsaken til forsinkelsene, var basert på en forsvarlig vurdering.
- (60) Når det gjelder forsinkelsen av leveransen av IT og autonomi, har innklagede også fulgt opp denne delen av kontrakten tett. Terskelen for krav til Avinors kontraktsoppfølging må ses i lys av at den autonome løsningen er et utviklingsprosjekt der løsningen må testes og fases inn i de omgivelsene og på den lufthavnen den skal virke før normal idriftsettelse. Denne fasen forutsettes å skje i nært samarbeid mellom innklagede og valgte leverandør. Innklagede har varslet bruk av misligholdsanksjoner, og dette kan bli aktuelt når leveransen er ferdigstilt.
- (61) Dersom klagenemnda kommer til at det foreligger en mangelfull kontraktsoppfølging, vil dette uansett ikke innebære en vesentlig endring. Innklagede anfører at endringen var lovlig etter forsyningsforskriften § 24-1 bokstav d, da en eventuell endring av leveringstidspunkt var nødvendig som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse.
- (62) Innklagede har ikke akseptert en leveranse av kjøretøy som ikke er autonome. Årsaken til at leveransen ikke er akseptert, skyldes det at løsningen ikke er ferdig testet grunnet de særlige sikkerhetsforhold som gjelder for Oslo lufthavn.
- (63) Innklagede anfører at forsinkelsen ikke har hatt betydning for deltagelse eller resultatet av konkurransen. Hovedformålet med anskaffelsen av rammeavtalen var å bytte ut gjeldende park av brøytekjøretøy. Det fremgår av beskrivelsen i konkurransegrunnlaget

og av vektingen av underkriteriene. Det var ikke noe minstekrav til leveringstidspunkt for autonome kjøretøy i anskaffelsesdokumentene.

- (64) Den økonomiske balansen i kontraktsforholdet er ikke endret. Det økonomiske oppgjøret, med eventuelle misligholdsbeføyelser, er ikke ferdig.
- (65) Dersom det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, har innklagede uansett ikke opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt, og klagenemnda bør ikke anvende muligheten til å ilegge gebyr for en uaktsom overtredelse. Et eventuelt gebyr må uansett settes lavt.

Klagenemndas vurdering:

- (66) 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. Klagen er rettidig.
- (67) Konkurransen gjelder kjøp av brøytekjøretøy til flyplasser, som er en vareanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) del II, jf. forsyningsforskriften § 5-2 annet ledd jf. § 1-7.
- (68) Klager har anført at valgte leverandørs leveranse av autonome brøytekjøretøy har vært forsinket i så stor grad at det utgjør en vesentlig endring fra anskaffelsesdokumentene. Videre anfører klager at innklagede ikke har håndhevet det vesentlige avviket i tråd med de krav som følger av anskaffelsesretten. På dette grunnlag anfører klager at innklagedes kjøp av brøytekjøretøyene utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (69) 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).
- (70) Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at innholdet i kontrakten blir *«vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten»*, jf. forsyningsforskriften § 24-2. Dersom oppdragsgiver endrer kontrakten vesentlig, skal dette anses som en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/658, avsnitt 71, og EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 Presstext. I disse tilfellene vil den vesentlig endrede kontrakten utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (71) Tilsvarende vil en oppdragsgivers manglende håndhevelse av en leverandørs mislighold av en kontrakt, etter omstendighetene kunne bli likestilt med at kontrakten er vesentlig endret, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1431 premiss 49 med videre henvisninger. Hvorvidt manglende håndhevelse av mislighold av en kontrakt i kontraktsperioden kan sanksjoneres anskaffelsesrettslig, er imidlertid ikke regulert i anskaffelsesdirektivet. Ved gjennomføringen av en kontrakt vil de kontraktsfestede og privatrettslige sanksjoner kunne ivareta oppdragsgivers interesser. Så lenge prinsippet om likebehandling ivaretas, må en oppdragsgiver ha et visst spillerom knyttet til hvordan man håndhever leverandørens mislighold i kontraktsperioden. Dette gjelder særlig ved forsinkelser, der man ikke har en kvalitativ endring av leveransen. En offentlig oppdragsgiver må, på linje med andre avtaleparter, kunne gjøre en vurdering av hvilke beføyelser som er hensiktsmessige i den aktuelle saken. Håndhevelsen må samtidig skje

innenfor rammene av anskaffelsesrettens endringsregler, slik at avtalen ikke endres slik at et annet tilbud ville ha blitt valgt i den opprinnelige konkurransen, eller at den økonomiske balansen i kontraktsforholdet endres.

- (72) Det aktuelle avropet gjaldt autonome brøytekjører til Oslo lufthavn. Avropet gjaldt selve brøytekjørerene samt den tekniske løsningen som gjorde det mulig å kjøre autonomt. Selv om kjørerene og den autonome løsningen reguleres av ulike kravspesifikasjoner og har egne bestemmelser om sanksjoner, anser klagenemnda både kjørerene og den tekniske løsningen som nødvendige for å levere en fullverdig ytelse, og nemnda ser leveransen av dem i sammenheng.
- (73) Klagenemnda har ikke tilgang til fremdriftsplanen som valgte leverandør la ved tilbudet sitt i konkurransen, og nemnda vet derfor ikke hvilke datoer valgte leverandør har forpliktet seg å levere i henhold til. Klager har begjært innsyn i planen, men innklagede avsto innsynsbegjæringen. I vedtak av 2. januar 2023 opprettholdt Samferdselsdepartementet avslaget.
- (74) Det er imidlertid enighet om at leveransen av brøytekjører som kan fungere autonomt, var forsinket. Forsinkelsen omfatter leveransen av nær alle kjørerene, og innebar at man i løpet av vintersesongen 2022/2023 ikke driftet kjørerene autonomt uten sikkerhetssjåfør. Valgte leverandørs leveranse avvek altså fra det som fulgte av tilbudet og konkurransedokumentene. Dette gjelder selv om nemnda tolker kravspesifikasjon D.1 slik at man ikke var forpliktet til å levere en løsning som gjorde at kjørerene umiddelbart kunne driftes autonomt. Man skulle levere et styringssystem for autonome løsninger, og grundig testing av løsningen var nødvendig før den ble innfaset i driften på Oslo lufthavn.
- (75) I brev av 23. desember 2021, informerte valgte leverandør om at leveransen av brøytekjører ville bli forsinket. Valgte leverandør viste til at Covid-19 var *«blitt et gjennomgående, stort problem for nærmest alle bransjer.»* Valgte leverandør hevdet at dette var forhold *«fullstendig utenfor vår kontroll og som ingen kunne ha sett komme.»* I brev av 8. mars 2021, svarte innklagede at man anså det lite tvilsomt at leveransene var forsinket, og at dette særlig skyldtes globale leveranseproblemer på grunn av Covid-19. Innklagede skrev videre at man hadde funnet grunn å gi fristutsettelse, og at det ikke ville bli fremmet misligholdsbeføyelser som følge av forsinkelsen.
- (76) Klagenemnda er av den oppfatning at oppdragsgiver må ha et vidt skjønn i den faktiske vurderingen av om vilkårene for å ilegge misligholdsanksjoner er oppfylt. Oppdragsgiver kom til at årsakene til forsinkelsen som valgte leverandør viste til, innebar at man på det tidspunktet ikke kunne anvende kontraktens misligholdsbeføyelser. Innklagede har dermed vurdert forsinkelsen opp mot unntakene som følger av kontrakten, og konkludert med at forsinkelsen ikke utgjorde et brudd som kunne møtes med misligholdsbeføyelser. Vurderingen fremstår ikke vilkårlig eller urimelig, og fremstår ikke i strid med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet. Innklagede har dermed håndtert forsinkelsen i tråd med kontraktens bestemmelser, og det er dermed ikke tale om manglende håndhevelse av kontrakten.
- (77) Det er utvilsomt at valgte leverandør ikke klarte å levere i tråd med de nye datoene som man hadde foreslått i etterkant av brevet av 23. desember 2021 (implementeringsplan versjon 08). Brøytekjørerene var forsinket mellom 9 og 64 dager, og testingen og

implementeringen av et autonomt system var såpass forsinket at man ved utgangen av vintersesongen 2022/2023 ikke kjørte autonomt uten sikkerhetssjåfører.

- (78) Det er for klagenemnda ikke nødvendig å ta endelig stilling til om forsinkelsen var vesentlig, eller om forsinkelsen var påregnelig eller mulig å unngå eller overvinne følgene av.
- (79) Klagenemnda legger til grunn at innklagede gjennom hele kontraktsperioden aktivt har fulgt opp valgte leverandør og leveransen av autonome brøytekjøretøy. Dette er blant annet gjort gjennom periodevis ukentlige møter og oppfølging, varsel om krav om dagmulkt og erstatning, samt tilbakeholdskrav i innklagedes ytelser. Innklagede har ikke, slik nemnda tolker det, godtatt valgte leverandørs forsinkelser, og forsinkelsene er håndhevet i tråd med kontrakten. En oppdragsgiver må ha et vidt skjønn i hvordan misligholdsanksjonene anvendes ved kontraktsoppfølgingen, så lenge man ikke aksepterer at den økonomiske balansen i kontrakten endres. I foreliggende sak, der endelig oppgjør ikke er gjort opp, og innklagede fortsatt har misligholdsanksjoner i behold før det endelige oppgjøret, kan ikke nemnda legge til grunn at kontraktens økonomiske balanse er endret.
- (80) På denne bakgrunn er klagenemnda av den oppfatning at det ikke foreligger manglende håndhevelse av kontrakten fra innklagedes side. Det foreligger dermed ikke en vesentlig endring av kontrakten.

Konklusjon:

Avinor AS har ikke gjort en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur