



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Storfjord kommune inngikk kontrakt om vintervedlikehold med tre leverandører etter en kunngjort konkurranse. Klager anførte at kontraktsinngåelsen med den ene leverandøren utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, både fordi kontrakten var vesentlig endret og fordi innklagede hadde unnlatt å si opp kontrakten etter at klagenemnda i en tidligere sak hadde slått fast at konkurransen skulle vært avlyst. Anførslene førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 17. september 2024 i sak 2024/756

Klager: Ryeng Anlegg AS

Innklaget: Storfjord kommune

Klagenemndas

medlemmer: Sverre Nyhus, Hanne S. Torkelsen og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Storfjord kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. mars 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vintervedlikeholdstjenester. Tilbudsfrist var 8. juni 2023. Kontraktens varighet var inntil 8 år (5+1+1+1).
- (2) Anskaffelsen var delt inn i fire geografiske brøytesoner, og det ville bli inngått én kontrakt per sone. Kontrakt ville tildeles tilbudet innenfor hver brøytesone med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Priser og kostnader*» (vektet 60 prosent), «*Løsningsforslag og miljø*» (vektet 20 prosent) og «*Oppdragsspesifikk kompetanse*» (vektet 20 prosent).
- (3) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte detaljerte kart over rodene, hvor brøyteområdene var merket med oppgitt krav til maksimal snømengde og når snømåkingen skulle være gjort. Innenfor rode 2 skulle leverandør blant annet brøyte kommunens næringsareal i Skibotn, der blant annet kommunens TK-bygg og brannstasjon var lokalisert.
- (4) Det var i konkurransen ikke stilt krav til stasjonering av utstyr og strøsand, og leverandørene måtte selv ordne areal til lagring av strøsand, utstyr og annet man behøvde til oppfølging av kontrakten.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 6.9 «*Pris og betaling*» sto det:

«Leverandøren skal fakturere sesongprisen med månedlige rater på 1/6 av avtalt pris. Fakturadato skal være senest den 15. i den påfølgende måned.

Timebetalte oppdrag skal faktureres månedlig, senest den 15. i hver påfølgende måned.

Fakturabetingelser er netto pr 30 dager.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (6) Det fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 2.2.1 om tildelingskriteriet «Priser og kostnader» at:

«Sesongprisen skal inkludere alle former for vintervedlikehold i hht. Konkurransedokumentene, herunder vedlegg.

Prisene skal inkludere lønn, sosiale utgifter, tarifferte godtgjørelser, reisetid, reiseutgifter, oppmøtekostnader og eventuelle godtgjørelser for diett og overnatting, hold av alt verktøy og redskap, utgifter til stedlig arbeidsledelse, hovedadministrasjon, fortjeneste, oppfølging og kontroll med egne utførte arbeidere og alle andre kostnadselementer/drivere, slik at disse er uten påslag av noen art ved avregningen.

Timeprisen skal gjelde kjøretøy/maskin inkl. sjåfør.

- (7) Til slutt om prising og kostnader sto det at «Vintervedlikehold som utføres i perioden 1. november til 30. april avregnes iht. sesongpris, dog slik at stikkesetting skal være inkludert.»
- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 «Behovsbeskrivelse» sto det om sanksjoner ved avvik og mislighold:

«Avvik eller mislighold av ovenstående punkter vil bevirke reduksjon i utbetalingen. Størrelse på reduksjonen vil vurderes i forhold til graden/hyppigheten av misligholdet. Er misligholdet alvorlig og/eller gjentar seg etter at det er tatt opp med bryteentreprenøren, kan oppdragsgiver heve avtalen.»

- (9) Misligholdsbeføyelser som prisavslag, tilbakehold av ytelser, krav til retting og erstatning var regulert i kontrakten punkt 10.
- (10) I konkurransegrunnlaget punkt 6.5 sto det følgende om mangelfull utførelse og sanksjoner:

«Ved mindre mangler/avvik på utført arbeid løper det bot på kr 1000 dersom misligholdet ikke rapporteres som avvik umiddelbart.

Ved større og gjentakende mangler/avvik på utført løper det bot på kr 2 000 dersom misligholdet ikke rapporteres som avvik umiddelbart.

Bøtene løper pr. avvik.

Avvik skal rettes uansett om avviket er bøtelagt eller ikke.

Ved grove eller større gjentakende mangler som ikke kvalifiserer til heving av kontrakt, løper det bot på kr 5 000 dersom misligholdet ikke rapporteres som avvik umiddelbart.»

- (11) Før tilbudsfristen mottok innklagede spørsmål om hvilken tidsfrist det var for å lukke avvik, og om det ved avvik ville bli utstedt bot uten frist for oppretting av avvik. Innklagede svarte at fristen for å rette avvik var «snarest mulig», og at bot kun ville benyttes dersom misligholdet ikke ble rapportert som avvik umiddelbart.
- (12) Innklagede mottok tilbud fra fem leverandører innen tilbudsfristen, herunder Ryeng Anlegg AS (heretter *klager*) og Baks AS. Av anskaffelsesprotokollen fremgår det at Baks

AS ble tildelt kontrakt for sone 1 og 2, og to øvrige leverandører ble tildelt kontrakt for sone 3 og 4. Klager ble ikke tildelt noen kontrakter.

- (13) Klager og en annen leverandør klaget på tildelingen henholdsvis 21. juni og 22. juni 2023. Ingen av klagen ble tatt til følge av innklagede, og sakene ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser henholdsvis 23. juni 2023 og 5. september 2023.
- (14) Kontrakt ble inngått før klagenemndas klagebehandling.
- (15) I avgjørelse 23. oktober 2023 kom klagenemnda til at innklagede hadde brutt regelverket ved tilbudsevalueringen, men opplyste at denne feilen kunne rettes ved at det ble foretatt en ny evaluering. Videre kom nemnda til at innklagede hadde brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag, og at denne feilen medførte avlysningsplikt.
- (16) Kontraktene ble ikke sagt opp i etterkant av klagenemndas avgjørelse.
- (17) Etter kontraktsoppstart fakturerte Baks AS innklagede 20. oktober 2023 for «*Stikking veier og rigg av kontrakt*». Faktura var på 187 500 kroner inkl.mva, og hadde forfall 17. november 2023. Faktura ble betalt 16. november 2023.
- (18) Videre fakturerte Baks AS innklagede for sesongprisen i faktura av 2. november 2023, 1. desember 2023, 14. januar 2024, 1. februar 2024, 4. mars 2024 og 2. april 2024. Alle fakturaene var på et likt beløp på drøye 900 000 kroner, og hadde 14 dagers betalingsforfall. Baks AS fakturerte begge sonene de brøytet, rode 1 og 2, sammen.
- (19) Baks AS' betalingsplan for prosjektet viser at faktura av 20. oktober 2023 «*Stikking veier og rigg av kontrakt*» inngikk i den avtalte sesongprisen.
- (20) Ved faktura datert 5. november 2023 fakturerte Baks AS for brøyting i oktober per time. Fakturagrunnlaget viste at det for arbeid 21. oktober 2023 ble gitt et tillegg på 100 % overtid på til sammen 1 050 kroner ekskl.mva.
- (21) I oppstartsmøte 3. november 2023 med de to andre leverandørene, fikk innklagede spørsmål om hvordan bøtelegging ville praktiseres. Innklagede svarte at avvik normalt lukkes uten bøter, og at det for øvrig henvises til kontraktens punkt 9 og 10, som gjelder leverandørens mislighold og sanksjoner ved mislighold. I oppstartsmøtet med Baks AS 8. november 2023, opplyste innklagede at meldte avvik skal lukkes fortløpende og i henhold til kontrakt, og at gjentakelse og alvorlighetsgrad av avvik vil være grunnlag for vurdering av reaksjoner i henhold til kontraktens punkt 9 og 10.
- (22) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. mai 2024.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. september 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Klager anfører at det foreligger flere forhold som, både hver for seg og samlet, medfører at anskaffelsen nå utgjør en ulovlig direkteanskaffelse.
- (25) Det anføres for det første at innklagedes kontrakter med Baks AS er vesentlig endret, og at dette utgjør en ulovlig direkteanskaffelse. Den vesentlige endringen er begrunnet i tre

forhold. Dette er at leverandøren har fått tilgang til å benytte kommunalt område for oppfyllelse av kontrakt, uten at dette var en premiss i konkurransen. Det er videre at partene har inngått avtale om, eventuelt praktiserer, nye betalingsbetingelser som avviker fra kontrakten. Til sist følger endringen av at partene har endret vilkår og prosess for avviksbehandling og bøtelegging under kontrakten.

- (26) For det annet anføres det at innklagede har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse ved at avlysningsplikten som klagenemnda slo fast i klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2023/474 og 2023/724, ikke ble overholdt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Innklagede er ikke enig i at det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.
- (28) Innklagede hevder at leverandørens bruk av kommunalt område ikke utgjør en vesentlig endring avtalen. Kontrakten regulerte ikke leverandørens utstasjonering, og det er ikke vektlagt i konkurransen. Leverandøren har disponert et kommunalt areal, men dette er uavhengig av denne anskaffelsen.
- (29) Innklagede erkjenner ikke å ha endret betalingsforpliktelsene i kontrakten, og eventuelle fordeler av at faktureringen ble endret er uansett ikke av en slik størrelse at kontrakten er vesentlig endret.
- (30) Innklagede anfører at kontraktens bestemmelser om sanksjonering ikke er endret, og at leverandørens gjennomføring av kontrakten er fulgt opp i tråd med kontrakten.
- (31) Til sist anfører innklagede at man ikke har plikt til å si opp avtalen selv om inngåelsen av avtalen var i strid med regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klagen gjelder en anførsel om ulovlig direkteanskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) 13a første ledd. Klagen er rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (33) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015- 2016).

Oppsigelse av kontrakt

- (34) Klagenemnda vil først ta stilling til klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ved ikke å si opp kontraktene i etterkant av klagenemndas avgjørelse i de forente sakene 2023/474 og 2023/724. I disse sakene konkluderte nemnda med at innklagede hadde utarbeidet et ulovlig uklart konkurransegrunnlag, og at bruddet medførte avlysningsplikt av konkurransen.
- (35) En ulovlig direkte anskaffelse på grunnlag av en plikt til å si opp kontrakten, bygger på at oppsigelsesplikten vil ledsages av en ny kunngjøringsplikt for kontrakten, som i sin tur innebærer at manglende kunngjøring kan sanksjoneres med overtredelsesgebyr.

- (36) De aktuelle kontraktene ble inngått før klagenemndas behandling av klagen i sak 2023/474 og 2023/724.
- (37) Feil ved en kunngjort konkurranse skal i utgangspunktet sanksjoneres gjennom leverandørenes klageadgang og oppdragsgivers adgang til å rette feil eller avlyse konkurransen i konkurranseperioden og i karensperioden, eventuelt ved erstatningssøksmål.
- (38) Klagenemnda har i avgjørelse datert 2. april 2023 i de forente sakene 2021/1132, 2021/1180, 2021/1181 og 2021/1182, slått fast at det ikke kan utledes en anskaffelsesrettslig oppsigelsesplikt for oppdragsgiver ved kontrakter inngått i strid med regelverket. Hensynet til konkurranse og en effektiv håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser må i dette tilfellet vike, fordi det ikke er en klar nok lovhjemmel i norsk rett til å oppstille en oppsigelsesplikt med et etterfølgende krav om kunngjøring av anskaffelsen. En eventuell påtvunget avslutning av kontraktene vil i stedet måtte følge av et søksmål for domstolene om å kjenne kontrakten «uten virkning» eller ved å forkorte kontraktens varighet, se anskaffelsesloven § 13 og § 14.
- (39) Klagenemndas avgjørelser er rådgivende og ikke bindende for oppdragsgiver, og vil i seg selv ikke innebære avlysningsplikt.
- (40) Dette innebærer at klagenemnda ikke kan pålegge innklagede å si opp de aktuelle kontraktene, og at det derfor heller ikke kan konstateres en ulovlig direkte anskaffelse på grunn av manglende oppsigelse og etterfølgende kunngjøring. Anførselen fører på dette grunnlag ikke frem.

Vesentlig endring

- (41) Klagenemnda vil deretter ta stilling til om det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse på grunn av vesentlig endring av den inngåtte kontrakten.
- (42) Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette utgangspunktet er dersom avtalen endres på en slik måte at innholdet i kontrakten blir «*vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten*», jf. forskriften § 28-2. 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 Pressetext. I disse tilfellene vil den vesentlig endrede kontrakten utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse.

Bruk av kommunens område

- (43) Det første grunnlaget for at kontrakten er vesentlig endret, er ifølge klager at leverandøren Baks AS har fått benytte kommunens område til oppstilling av diverse utstyr som er nødvendig for oppfyllelse av kontrakten, blant annet spisebrakke, kjøretøy, brøyteutstyr og strøsandlager. Ifølge klager har Baks AS' bruk av kommunens område endret forutsetningene for kontrakten. Innklagede hevder på sin side at valg av sted for å stasjonere utstyr ikke har blitt vektlagt i konkurransen, og at Baks AS' sin bruk av området uansett er en egen avtale mellom Baks AS og kommunen uavhengig av konkurransen.

- (44) Det var ikke stilt krav i konkurransen til leverandørens stasjonering av utstyr og strøsand, utover at oppkostet strøsand skulle deponeres på nærmere angitt sted. Det fremgår ikke av tildelingskriteriet «*Løsningsforslag og miljø*» at stasjoneringssted ville bli vektlagt direkte, og det fremgår heller ikke av tildelingsbrevet. Leverandørens stasjoneringssted var dermed ikke en del av kontraktsbestemmelsene, og Baks AS' sitt valg av stasjoneringssted for strøsand, utstyr og maskiner utgjør ikke en endring av kontrakten.

Endrede betalingsbetingelser

- (45) Klager har anført at innklagede har godtatt førtidig fakturering av leverandørens arbeid, og at de endrede betalingsbetingelsene utgjør en vesentlig endring av kontrakten.
- (46) Det fulgte av kontraktsbestemmelsene at sesongprisen, som var en fastpris, skulle faktureres i seks månedlige rater av lik størrelse. Oversikt over faktureringen viser at Baks AS fakturerte sesongprisen fordelt på syv fakturaer. Baks AS fakturerte rade 1 og 2 på samme faktura. Seks av ratene var like store, på drøye 900 000 kroner inkl.mva., med første rate 16. november 2023 og siste 16. april 2024. I tillegg ble «*stikking av veier og rigg av kontrakt*» fakturert med forfallsdato 17. november 2023 - én dag etter forfall for første rate. Denne fakturaen var på 187 500 kroner inkl.mva.
- (47) Det er ikke avgjørende om de to fakturaene i november skal anses som én eller to rater. Beløpet som inngår i fakturaen for stikking av veier og rigg av kontrakt skulle imidlertid vært fakturert som en del av de seks månedlige ratene for å sikre at alle ratene var like store. Det innebærer at beløpet på 187 500 kroner skulle vært fordelt utover de seks månedlige ratene, med 125 000 kroner mindre i november og 25 000 kroner mer på hver av de fem øvrige fakturaene. Dette utgjør en endring av kontrakten. De sparte rentekostnadene, eventuelt tapte renteinntekter, som følge av den førtidige faktureringen er imidlertid ikke av en slik størrelse at det vil utgjøre en vesentlig endring.
- (48) Det fulgte videre av kontraktsbestemmelsene at fakturadato skulle være senest den 15. i påfølgende måned, og at fakturabetingelsene var netto pr. 30 dager.
- (49) Klagenemnda bemerker at så lenge faktureringstidspunkt var angitt som senest den 15. i påfølgende måned, og dermed regulerte det seneste tidspunktet man kunne fakturere, var det ingen begrensninger i Baks AS' anledning til å fakturere allerede den måned arbeidet ble utført.
- (50) Videre vil en kontraktsregulering med 30 dagers betalingsforfall normalt være gitt for at oppdragsgiver skal kunne kontrollere innkomne faktura. Oppdragsgiver kan imidlertid betale ut tidligere dersom man ønsker dette, uten at dette utgjør en endring av kontrakten. Faktura med forfall på 14 dager, samt innklagedes utbetaling ved fakturaens forfall, utgjør etter dette ikke en endring av kontrakten.
- (51) Til sist har innklagede erkjent at man har utbetalt to og en halv time overtid med 100 % pålegg, i strid med kontraktsbetingelsene. Innklagede opplyser samtidig at beløpet er krevd tilbakebetalt. Der overtidsbeløpet er krevd tilbakebetalt, vil forholdet ikke utgjøre en endring av kontrakten. Beløpet er i tillegg ikke av en slik størrelse at det ville utgjort en vesentlig endring.

Oppfølging av kontraktsavvik

- (52) Klager anfører til sist at innklagede har endret vilkår og prosess for avviksbehandling og bøtelegging under kontrakten, og at mislighold ikke er fulgt opp av innklagede. Klager har vist til kontraktens regulering av mangler og avvik, og at dette skal bøtelegges ved manglende rapportering fra leverandørens side. Klager hevder dette ikke er fulgt opp fra innklagedes side.
- (53) En oppdragsgivers manglende håndhevelse av en leverandørs mislighold av en kontrakt, vil etter omstendighetene kunne bli likestilt med at kontrakten er vesentlig endret, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2023/230 premiss 71 med videre henvisninger.
- (54) Konkurranses grunnlaget punkt 6.5 regulerer bøtelegging ved manglende rapportering av avvik. Sanksjonering av øvrige mislighold fulgte av konkurranses grunnlaget punkt 2.1 og kontrakten punkt 10. Etter konkurranses grunnlaget punkt 2.1 kunne innklagede ved avvik eller mislighold kreve reduksjon i utbetalingen og heving av kontrakt. Etter kontraktens punkt 10 kunne oppdragsgiver ved mangler og avvik kreve retting, tilbakehold av ytelser, prisavslag og erstatning.
- (55) Bøtelegging var dermed ikke et sanksjonsmiddel som rettet seg direkte mot avvik ved arbeidet, men mot manglende rapportering av avvik. Det er ikke sannsynliggjort at Baks AS har latt være å rapportere avvik eller mangelfull kontraktsgjennomføring, og dermed heller ikke at kommunen har latt være å sanksjonere avvik i strid med kontrakten.
- (56) Det er heller ikke sannsynliggjort andre mislighold som innklagede ikke har fulgt opp og som innebærer en aksept av endringer som kan utgjøre en vesentlig endring av kontrakt.
- (57) Forholdet utgjør etter dette ikke en endring av kontrakten.

Konklusjon:

Storfjord kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne S. Torkelsen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur