



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Varsel om overtredelsesgebyr 8. juli 2021 i sak 2020/119

Klager:	Rettferdig Offentlig Saksbehandling
Innklaget:	Øygarden kommune
Klagenemndas medlemmer:	Bjørn Berg, Karin Fløistad og Kristian Jåtog Trygstad
Saken gjelder:	Overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Det vises til klage fra Rettferdig Offentlig Saksbehandling (heretter kalt *klager*) mottatt 5. februar 2020. Saken gjelder tidligere Øygarden kommunes rammeavtaler for håndverktjenester innenfor fagområdene «*Elektrikar*», «*Filter og ventilasjon*», «*Service og vedlikehold av heis*», «*Rørleggar*», «*Malar/golvleggar*», «*Tømrar*», «*Grunnarbeid og vegvedlikehold*» og «*Glasmeistar*».
- (2) Basert på sakens opplysninger så langt varsler Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter *klagenemnda*) om ileggelse av overtredelsesgebyr, jf. lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12.
- (3) Klagenemnda «*skal*» etter denne bestemmelsen 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*».
- (4) Klagenemnda «*kan*» også ilegge oppdragsgiver overtredelsesgebyr dersom klagenemnda kommer til at «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (5) Forhåndsvarselet sendes Øygarden kommune i medhold av forvaltningsloven § 16.
- (6) I det følgende redegjøres det for det faktum som legges til grunn, partenes anførsler og begrunnelsen for at klagenemnda varsler ileggelse av overtredelsesgebyr. Etter at fristen for kommentarer til forhåndsvarselet er utløpt, vil klagenemnda ta endelig stilling til om det skal ilegges et overtredelsesgebyr.

Bakgrunn:

- (7) Tidligere Øygarden kommune kunngjorde 2. juli 2015 sammen med tidligere Sund kommune en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for «*bygg- og anleggstjenester*». Tilbudsfrist var 24. august 2015.

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

- (8) Av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget fremgikk estimert forbruk for både tidligere Sund og tidligere Øygarden kommune. For tidligere Øygarden kommune (heretter *innklagede*) var det estimert følgende forbruk per år, per fagfelt:

«1. Elektrikar: 1 200 000

2. Filter og ventilasjon: 300 000

3. Service og vedlikahald av heis: 200 000

4. Røyrleggar: 600 000

5. Malar/Golvleggar: 200 000

6. Tømrar: 700 000

7. Grunnarbeid og vegvedlikehald 1 500 000

8. Glasmeistar: 200 000

Omfanget av tenestene kan variere mykje frå år til år, avhengig av kva prosjekt som vert gjennomført innan drift- og vedlikehald. Kjøpsvolum er berre retningsgjevande og forpliktar ikkje verksemdene.»

- (9) Om «Totalleveransens mengde eller omfang» fremgikk følgende:

«Oppdragsgjevars føremål med anskaffinga er å inngå rammeavtale med éin leverandør innan kvart avtaleområde. Det er mogleg å gi tilbod på eitt eller fleire avtaleområde, og i ein eller begge kommunane.

Rammeavtalen vil ikkje gjelde for store byggeoppdrag der oppdragsgjevar finn det føremålstenleg å konkurransesette oppdrag som separate konkurransar/eigne entreprisar.

Med større oppdrag meinast her til dømes oppdrag over kr. 500 000,- og tilfelle der det samla oppdraget omfattar fleire delentrepriser.»

- (10) Det var vidare oppgitt at rammeavtalen ville ha en varighet på to år, med opsjon for oppdragsgiver til å forlenge avtalen i inntil ytterligere to år, til sammen maksimalt fire år.

- (11) Hver delkontrakt var ytterligere spesifisert. For delkontrakt, «Rammeavtale for elektrikarteneste» var følgende opplyst:

«Rammeavtale gjeld utføringa av elektroarbeid ved alle kommunens bygningar, anlegg og infrastruktur ved teknisk drift og vedlikehald med tilhøyrande materiell.

Med elektroarbeid meinast blant anna arbeid relatert til mindre ombygging, installasjon, endring og vedlikehaldsarbeider av eksisterande bygningsmasse, både innvendig og utvendig. Dette er i hovudsak oppgåver som å legge opp nye datapunkt og stikk, skifte ut armaturar, feilretting i det elektriske arbeidet osv.»

- (12) Om delkontrakt «Rammeavtale for Tømrar» var det beskrevet:

«Rammeavtale gjeld utføringa av tømrararbeid ved alle kommunens bygningar anlegg og infrastruktur ved teknisk drift og vedlikehald med tilhøyrande materiell.

Med tømrararbeid meinast blant anna arbeid relatert til mindre ombygging, installasjon, endring og vedlikehaldsarbeid på eksisterande bygningsmasse, både innvendig og utvendig. I tillegg kan avtalen omfatta oppdrag relatert til eigedomar som kommunen leiger.

Avtalen gjelder fortrinnsvis arbeider/oppdrag som er praktisk å utføra på timebasis, men kan også komme til å nyttast på arbeider i forbindelse med mindre ombygging og rehabilitering. Det kan avtales rundsum eller einingspris i staden for timepris ved støtte oppdrag.»

- (13) Delkontrakt «Rammeavtale for Grunnarbeid/vegvedlikehald» var beskrevet slik:

«Rammeavtale gjeld utføringa av grunnarbeid i form av maskin/grunnarbeid i samband med kommunens bygningar, anlegg og infrastruktur ved teknisk drift og vedlikehald.

Med grunnarbeid/vedlikehaldsarbeid menes blant anna arbeid relatert til drift og vedlikehald av eksisterande bygningsmasse, reparasjon av offentlige utvendige VA-leidningar ved brot osv. Rammeavtale inkluderer asfalt og bindelag med pris per tonn.»

- (14) I tillegg var det opplyst om CPV-klassifisering av hver delkontrakt, og delkontraktens mengde eller omfang ved forbruk for kommunen per år, ved anslått totalverdi.

- (15) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 3.3 «Atterhald frå oppdragsgjevar», følgende:

«Det oppgitte omfang er eit overslag basert på innrapporterte volum frå avdelingar og opplysningar frå nåverande leverandørar. Det tas atterhald om endringar i volum, til dømes ut frå budsjettvedtak, eventuell konkurranseutsetting av tenester, kommunens aktivitetar og/eller organisasjon.»

- (16) Innklagede inngikk følgende rammeavtaler:

Elektrikar: Vestgar Elektro AS

Filter og ventilasjon: Klimateknikk AS

Service og vedlikahald av heis: TH Bhas Bygg AS

Røyrleggar: Bravida Norge AS

Malar/Golvleggar: TH Bhas Bygg AS

Tømrrar: TH Bhas Bygg AS

Grunnarbeid og vegvedlikehald: Sartor Maskin AS

Glasmeistar: TH Bhas Bygg AS

- (17) De tidligere kommunene Øygarden, Sund og Fjell kommune slo seg sammen 1. januar 2020 til Øygarden kommune.

- (18) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 5. februar 2020. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 6. februar, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd.
- (19) Ved e-post datert 17. august 2020 avklarte klagenemndas sekretariat at klagen begrenset seg til innklagedes kunngjøring 2. juli 2015, rammeavtaler for «Elektrikar», «Filter og ventilasjon», «Service og vedlikehold av heis», «Røyrleggar», «Malar/golvleggar», «Tømrar», «Grunnarbeid og vegvedlikehold» og «Glasmeistar». Det ble opplyst at anførsler knyttet til tidligere Sund kommune måtte klages inn som egen sak.
- (20) Når det gjelder rammeavtalen for «Grunnarbeid og vegvedlikehold» med Sartor Maskin AS, har innklagede fremlagt en oversikt over samtlige avrop. Oppsummert er det opplyst at det er brukt 3 981 524 kroner i 2016, 12 231 202 kroner i 2017, 14 015 727 kroner i 2018 og 51 597 003 kroner i 2019. Totalt 85 185 362 kroner. Alle beløpene er ekskl. mva.
- (21) Oversikten ble oppdatert 20. november 2020 med tre prosjekter som ikke var avsluttet i 2019. For disse tre prosjektene betalte innklagede 5 061 149, 805 781 og 309 839 kroner. Også disse tallene ekskl. mva. Sluttsummen ble dermed totalt 91 362 131 kroner.
- (22) For de øvrige rammeavtalene har innklagede opplyst at:

«Det er ikkje arkivert/loggført oversikt over dei einskilde avropa på desse rammeavtalane. Utifrå opplysningane vi har motteke er desse hovudsakleg gjort munnleg per telefon og elles i byggjemøter. Det er difor ikkje mogleg å lage ein tilsvarende oversikt som på grunn og vedlikehaldsavtalen, men vedlagte oversikt er eit uttrekk frå rekneskapssystemet på leverandørreskontro.»

- (23) Oversikt over bruken av rammeavtalene er opplyst i følgende tabell:

Område	Firma	Forbruk eks. mva. 2016	Forbruk eks. mva. 2017	Forbruk eks. mva. 2018	Forbruk eks. mva. 2019	Total forbruk eks. mva. 2016 - 2019	Estimert per år eks. mva.	Total estimert over 4 år eks. mva.
Elektrikar	Vestgar Elektro AS	1 056 891	1 099 791	731 995	1 066 558	3 955 235	1 200 000	4 800 000
Filter og ventilasjon	Klimateknikk AS	826 897	666 268	345 746	411 804	2 250 715	300 000	1 200 000
Røyrleggar	Bravida Norge AS	847 143	2 342 589	1 637 675	1 052 055	5 879 462	600 000	2 400 000
Tømrar*	TH Bhas Bygg AS	2 419 386	2 224 055	1 158 867	2 734 503	8 536 811	700 000	2 800 000
Malar/golvleggar*	TH Bhas Bygg AS	=					200 000	800 000
Service/vedlikehold	TH Bhas Bygg AS	=					200 000	800 000

heis*								
Glasmestiar *	TH Bhas Bygg AS	=					200 000	800 000

(24) Klager begjærte 4. januar 2021 at innklagede «*blir ilagt et skriftlig pålegg om fremleggelse av fullstendig oversikt av ALLE relevante investeringer/taloppstillinger*», jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 11. Klagenemndas sekretariat vurderte anmodningen, men fant ikke grunn til å pålegge innklagede å fremlegge de etterspurte opplysningene. Etter sekretariatets oppfatning hadde klager verken spesifisert hvilke dokumenter klager ønsket fremlagt, eller underbygget hva denne informasjonen skulle belyse.

(25) Nemndsmøte om utstedelse av forhåndsvarsel ble avholdt 1. februar 2021 og 11. mars 2021.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (26) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (27) Det foreligger feil ved utlysning av konkurransen. Det fremgår av utlysningen at rammeavtalene er lyst ut som en tjenesteanskaffelse etter anskaffelsesforskriften del III. De anskaffelsene som skal foretas på avtalene, er imidlertid så å si utelukkende bygge- og anleggsaktiviteter.
- (28) Rammeavtalene har blitt brukt til å dekke en rekke behov som ikke fremgår av utlysningen og konkurransegrunnlaget. Det innebærer at avtalene har blitt vesentlig endret. Bruk av en vesentlig endret kontrakt uten ny konkurranse, er å betrakte som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (29) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at rammeavtalene ikke gjelder for store byggeoppdrag. Oppdrag med anslått verdi over grensen på 500 000 kroner skulle som den klare hovedregel ha vært lyst ut separat.
- (30) Konkurransen ble lyst ut som en konkurranse om håndverkertjenester, også omtalt som bygg- og anleggstjenester. Av konkurransegrunnlaget går det klart frem at det dreier seg om drifts- og vedlikeholdstjenester tilknyttet kommunenes eksisterende bygninger og infrastruktur. Også mindre ombygging- og installasjonsarbeider inngår i konkurransen. Etablering av nye bygg og anlegg inngår derimot ikke i konkurransen – og heller ikke rene rivningsarbeider. Mange av disse oppdragene er hver for seg av en størrelse som tilsier at de skulle ha vært lyst ut i Doffin.
- (31) Rammeavtalenes anslåtte verdi er grovt overskredet. I konkurransegrunnlaget er behovet til innklagede stipulert til 4,9 millioner kroner per år. Konkurransegrunnlaget har en tydelig føring om rammeavtalene bare skal omfatte oppdrag av mindre omfang. Her har en i stedet misbrukt rammeavtalene til å få gjennomført en rekke store oppgraderinger og investeringer før kommunesammenslåingen.

- (32) Innklagede har brutt medvirkningsplikten, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 2.

Innklagedes anførsler:

- (33) Klagen skal avvises da klager ikke har saklig klageinteresse.
- (34) Klagen skal avvises da klagefristen har gått ut. Subsidiært har klagefristen gått ut for de fleste innkjøpene.
- (35) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (36) Vedrørende rammeavtalen for «*Grunnarbeid og vegvedlikehald*» er det ikke tvil om at det er brukt vesentlig mer midler under denne rammeavtalen enn det som var estimert. Rammeavtalen er imidlertid ikke overskredet i tid eller i art, så det er i tilfelle bare volumet som skal vurderes.
- (37) Det estimerte forbruket var ikke ment som en øvre økonomisk grense for bruk av rammeavtalen. I konkurransegrunnlaget går det fram at omfanget av tjenestene under avtalen kan variere mye fra år til år, og at estimert kjøpsvolum var retningsgivende og ikke endelig forpliktende. Blant annet var estimatet basert på tilbakemeldinger fra avdelinger og leverandører, slik at det var en betydelig usikkerhet med omsyn til volum.
- (38) Det var også et klart og tydelig forbehold om at det ville kunne forekomme endringer i volum, ut fra eksempelvis budsjettvedtak, eventuell konkurranseutsetting av tjenester, kommunens aktiviteter m.m.
- (39) På tidspunktet for inngåelsen av avtalen med Sartor Maskin AS var det gjeldende rett at rammeavtaler ikke hadde en absolutt øvre økonomisk grense. Dette må gjelde fram til avtaleperioden er over, altså 2019. Det er ikke skifte av leverandør for prosjekt som ble startet i perioden. Den enkelte leverandør fullførte det prosjekt som var startet innenfor avtalens periode.
- (40) Når det gjelder de øvrige rammeavtalene, er de verken overskredet i tid eller art. De samlede innkjøpene eller det enkelte innkjøp hver for seg fordelt på avtaletype, er godt innenfor det handlingsrommet som rammeavtaler er ment å ha. Det må legges til grunn at avtaler som den type tjenester det er tale om i denne saka er av en slik art at uforutsette behov kan oppstå, prisendringer og annet kan skje. Da må rammeavtalen gi mulighet for å tilpasse seg dette.
- (41) Det var i konkurransegrunnlag og kravspesifikasjon presisert at omfanget av tjenestene kan variere mye fra år til år og at kjøpsvolum bare var retningsgivende og ikke forpliktende for virksomhetene. I tillegg var det tatt inn et forbehold om endringer i volum ut fra eksempelvis budsjettvedtak, eventuell konkurranseutsetting av tjenester, kommunens aktiviteter og/eller organisasjon. Beløpsavgrensinga skal altså ikke tolkes som et konkret og bindende estimat for kjøpsvolum i avtaleperioden. Oppdragsgiver har altså gjort det klart overfor mulige tilbydere at det kan komme endringer i henhold til kjøpsvolum. Samlet eller enkeltvis er kjøpsvolumet innafor rammene som EU-domstolen og KOFA-praksis legger opp til.

Klagenemndas vurdering:

- (42) Klagen gjelder åtte rammeavtaler tidligere Øygarden kommune har inngått med ulike leverandører. Rammeavtalene var kunngjort sammen, men fremstår ellers som individuelle anskaffelser av lignende oppdrag innenfor en rekke ulike fagfelt. Klagenemnda har etter en samlet vurdering valgt å behandle anskaffelsene i én sak.
- (43) 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 (klagenemndsforordningen) § 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 5. februar 2020. Den delen av klagen som gjelder avrop foretatt for mindre enn to år siden, er således rettidig. For øvrige anførsler om brudd på regelverket, er klagefristen seks måneder fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 6. De delene av klagen som retter seg mot gjennomføringen av konkurransen, herunder feil ved kunngjøringen, er dermed for sent fremsatt, og avvises på denne bakgrunn fra klagenemndsbehandling.
- (44) 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, jf. forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 1, se tilsvarende tilnærming i klagenemndas avgjørelse i sak 2019/61. Saken skal etter dette avgjøres ut fra bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser av 7. juni 2016 nr. 73 og anskaffelsesforordningen av 12. august 2016 nr. 974.
- (45) I vår sak ble rammeavtalene kunngjort i 2015. Slik saken er opplyst løp rammeavtalene ut 2019, med noen prosjekt som ble avsluttet i 2020. Innklagede gjorde de første avropene på rammeavtalene i 2016. Klagenemndas kompetanse i denne gebyrsaken er begrenset av den særskilte klagefristen på to år nedfelt i klagenemndsforordningen § 13a. Nemnda kan dermed ta stilling til om avropene som er foretatt etter 5. februar 2018, representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (46) Klager anfører at innklagede har gjort en rekke ulovlig direkte anskaffelser ved å gjøre vesentlige endringer i rammeavtalene for «*Elektrikar*», «*Filter og ventilasjon*», «*Service og vedlikehold av heis*», «*Røyrleggar*», «*Malar/golvleggar*», «*Tømrrar*», «*Grunnarbeid og vegvedlikehold*» og «*Glasmeistar*».
- (47) 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 gjelder også tilfeller hvor innholdet i kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort. Man står i slike tilfeller overfor en ny kontrakt, som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/550, avsnitt 19, med videre henvisninger til forordningen §§ 28-1 (1) bokstav f) og 28-2.
- (48) Rammeavtalene er i vår sak kunngjort som tjenestekontrakter og gjelder blant annet vedlikehold og arbeid ved eksisterende bygninger. Slik saken er opplyst, legger klagenemnda til grunn at anskaffelsen gjelder tjenestekjøp.
- (49) Da anskaffelsen ble kunngjort, var anskaffelsesforordningen av 7. april 2006 nr. 401 gjeldende. Utgangspunktet var da at oppdragsgiver hadde plikt til å kunngjøre alle

anskaffelser med anslått verdi over 500 000 kroner ekskl. mva. i Doffin, jf. § 2-1 andre ledd. Tjenesteanskaffelser med anslått verdi over EØS-terskelverdien på 1,75 millioner kroner ekskl. mva., skulle i tillegg kunngjøres i TED-datasen.

- (50) Fra ikrafttredelse av den nye anskaffelsesforskriften 1. januar 2017, ble terskelverdien for kunngjøring i Doffin økt for kontrakter med en anslått verdi på minst 1,1 millioner kroner ekskl. mva. Terskelverdien ble ytterligere økt 6. april 2018 til 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. anskaffelsesforskriften § 5-1 (2). Fra ikrafttredelse av anskaffelsesforskriften 1. januar 2017 ble også terskelverdien for anskaffelser som var pliktig å kunngjøre i EØS gjennom TED økt til 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter. Terskelverdien ble ytterligere økt 6. april 2018 til 2 millioner kroner ekskl. mva., jf. anskaffelsesforskriften § 5-3 (1) bokstav b).
- (51) Når det gjelder rammeavtalen om kjøp av «*Grunnarbeid og vegvedlikehald*», har innklagede fremlagt en oversikt over alle avropene på rammeavtalen. For de gjestående syv rammeavtalene har innklagede uttalt at:

«Det er ikkje arkivert/loggført oversikt over dei einssilde avropa på desse rammeavtalane. Utifrå opplysningane vi har motteke er desse hovudsakleg gjort munnleg per telefon og elles i byggjemøter. Det er difor ikkje mogleg å lage ein tilsvarande oversikt som på grunn og vedlikehaldsavtalen, men vedlagte oversikt er eit uttrekk frå rekneskapsystemet på leverandørreskontro.»

- (52) Klagenemnda vil i det følgende behandle hver rammeavtale for seg på bakgrunn av de opplysningene som er gitt.

Rammeavtale «Elektrikar»

- (53) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i rammeavtalen for «*Elektrikar*».
- (54) For rammeavtalen for elektrikertjenester har innklagede inngått kontrakt med Vestgar Elektro AS. Rammeavtalen hadde en estimert verdi på 1 200 000 kroner per år. Rammeavtalen hadde en varighet på to år, med opsjon på forlengelse av avtalen i ytterligere to år. Innklagede har opplyst at opsjonen ble utløst, slik at avtalen varte i fire år. Med en årlig estimert verdi på 1 200 000 kroner, var rammeavtalens samlede estimerte verdi 4 800 000 kroner.
- (55) På rammeavtalen har innklagede kjøpt for 3 955 235 kroner ekskl. mva (1 056 891 kroner i 2016, 1 099 791 kroner i 2017, 731 995 kroner i 2018 og 1 066 558 kroner i 2019). Rammeavtalens estimerte verdi er derfor ikke overskredet.
- (56) Klagers anførsel om vesentlig endring og ulovlig direkte anskaffelse for så vidt gjelder rammeavtalen «*Elektrikar*», har med dette ikke ført frem.

Rammeavtale «Grunnarbeid og vegvedlikehald»

- (57) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i rammeavtalen for «*Grunnarbeid og vegvedlikehald*».
- (58) Innklagede inngikk en rammeavtale med Sartor Maskin AS. Det er opplyst at rammeavtalen løp fra 2016 til 2019, med noen prosjekter fullført i 2020.

- (59) På rammeavtalen har innklagede kjøpt for 91 362 131 kroner (3 981 524 kroner i 2016, 12 231 202 kroner i 2017, 14 015 727 kroner i 2018, 51 597 003 kroner i 2019 og 6 176 769 kroner i 2020).
- (60) I forskriften (2006) § 2-3 ble det stilt krav om at oppdragsgiver beregnet anskaffelsens anslåtte verdi på grunnlag av *«det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale»*. I kunngjøringen var det oppgitt at rammeavtalen hadde en anslått verdi på 1 500 000 kroner ekskl. mva. per år, altså en estimert verdi på seks millioner kroner over rammeavtalens løpetid på fire år.
- (61) Dette endres ikke av at konkurransegrunnlaget opplyste om at *«[o]mfanget av tenestene kan variere mykje frå år til år, avhengig av kva prosjekt som vert gjennomført innan drift- og vedlikehald. Kjøpsvolum er berre retningsgjevande og forpliktar ikkje verksemdene»*. Klagenemnda forstår disse opplysningene slik at de primært knytter seg til situasjoner med lavere volum enn anslått. Innklagede kunne ikke fri seg fra plikten til å informere potensielle leverandører om rammeavtalens verdi ved å angi estimatene som uforpliktende i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda har for øvrig lagt tilsvarende tolkning til grunn i andre saker, se klagenemndas gebyrvedtak i sak 2019/61, avsnitt 36 og 37, og sak 2020/1, avsnitt 37 til 39.
- (62) I sak C-216/17 har EU-domstolen lagt til grunn at oppdragsgiver skal angi maksimalt volum av ytelsen som skal anskaffes og uttalt at *«når denne grænse er nået, vil den pågående aftale have uttømt sine virkninger»*. I sak C-23/20 utdypet EU-domstolen videre at det må foretas en konkret vurdering av om senere avrop utgjør vesentlige endringer.
- (63) Lovligheten av endringer som fører til en økning av vederlaget, må beregnes på grunnlag av den samlede økningen som følge av alle endringene.
- (64) Det følger av forskriften § 28-1 (1) bokstav f), jf. § 28-2 bokstav c) at endringer i kontrakten som *«utvider kontraktens omfang betydelig»* alltid er vesentlig.
- (65) I denne saken medfører differansen mellom det kunngjorte estimerte beløpet og det beløpet som det faktisk er kjøpt for, at rammeavtalens faktiske verdi er mer enn 15 ganger så høy som det øvre nivået på den estimerte verdien. Rammeavtalens omfang er med dette utvidet betydelig.
- (66) Dersom det hadde fremgått av kunngjøringen at estimert verdi på rammeavtalen ville være i størrelsesorden 91 millioner kroner, ville det også ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt i konkurransen, jf. forskriften § 28-2 bokstav a).
- (67) Innklagedes avrop på rammeavtalen *«Grunnarbeid og vegvedlikehald»* i perioden 5. februar 2018 til 2020 utgjør etter dette en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda legger derfor til grunn at rammeavtalen, fra 6. februar 2018 må legges til grunn ved fastleggelsen av gebyrgrunnlaget. Med skjønnsmessig fratrukk for én måned i 2018, utgjør gebyrgrunnlaget 70 621 521 kroner på rammeavtalen med Sartor Maskin AS.

Rammeavtale «Røyrleggar»

- (68) Klager anfører at innklagede har gjort en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i rammeavtalen for *«Røyrleggar»*.

- (69) Innklagede inngikk en rammeavtale for rørleggertjenester med Bravida Norge AS. Rammeavtalen var estimert til 600 000 kroner per år. Rammeavtalen løp i totalt fire år.
- (70) På rammeavtalen har innklagede kjøpt for 5 879 462 kroner (847 143 kroner i 2016, 2 342 589 kroner i 2017, 1 637 675 kroner i 2018 og 1 052 055 kroner i 2019).
- (71) Klagenemnda viser til drøftelsen ovenfor.
- (72) Innklagede har kjøpt for mer enn det dobbelte av rammeavtalens estimerte beløp. Klagenemnda anser også dette som en betydelig utvidelse av kontrakten, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav f), jf. § 28-2 bokstav c). Overskridelsen av den økonomiske rammen er også over terskelverdien for kunngjøringsplikt, og langt over de minimis-regelen på 10 prosent i forskriften § 28-1 (1) bokstav b). Selv om man skulle åpne for bestillinger utover den øvre grensen, er det klart at overskridelsen innebærer en vesentlig endring av denne avtalen.
- (73) Innklagedes avrop på rammeavtalen «*Rørleggar*» i perioden 5. februar 2018 til 2020 utgjør etter dette en ulovlig direkte anskaffelse. Med skjønsmessig fratrekk for én måned i 2018, utgjør gebyrgrunnlaget 2 553 258 kroner på rammeavtalen med Bravida Norge AS.

Rammeavtale «Filter og ventilasjon»

- (74) Klager anfører at innklagede har gjort en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i rammeavtalen for «*Filter og ventilasjon*».
- (75) Innklagede inngikk en rammeavtale for filter og ventilasjonstjenester med Klimateknikk AS. Rammeavtalen var estimert til 300 000 kroner per år, altså en estimert verdi på 1 200 000 kroner over rammeavtalens løpetid på fire år.
- (76) På rammeavtalen har innklagede kjøpt for 2 250 715 kroner (826 897 kroner i 2016, 666 268 kroner i 2017, 345 746 kroner i 2018 og 411 804 kroner i 2019).
- (77) Overskridelsen av rammeavtalen er 1 050 715 kroner.
- (78) Klagenemnda viser til drøftelsene ovenfor. Innklagede har kjøpt for nesten det dobbelte av rammeavtalens estimerte beløp. Klagenemnda anser også dette som en betydelig utvidelse av rammeavtalen, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav f), jf. § 28-2 bokstav c).
- (79) Klagenemnda vurderer om det er grunnlag for å ilegge gebyr for overskridelsen av denne rammeavtalen. Nemnda ber innklagede uttale seg om denne endringen, i lys av at endringen er av en beløpsmessig verdi under terskelverdien for kunngjøringsplikt.

Rammeavtale «Tømrar», «Malar/Golvleggar», «Service og vedlikahald av heis» og «Glasmeistar»

- (80) Klager anfører at innklagede har gjort en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i rammeavtalene for «*Tømrar*», «*Malar/Golvleggar*», «*Service og vedlikahald av heis*» og «*Glasmeistar*».
- (81) De fire rammeavtalene ble inngått med TH Bhas Bygg AS og løp i fire år. Innklagede har som nevnt lagt frem en oversikt over «*eit uttrekk frå rekneskapssystemet på*

leverandørreskontro.». Det er altså gitt samlet informasjon om bruken av disse fire rammeavtalene.

- (82) Rammeavtalen for tømrertjenester var estimert til 700 000 kroner per år, totalt 2 800 000 kroner over fire år. Rammeavtalen for maler og golvtjenester var estimert til 200 000 kroner per år, totalt 800 000 kroner over fire år. Rammeavtalen for service og vedlikehold av heis var estimert til 200 000 kroner per år, totalt 800 000 kroner over fire år. Rammeavtalen for glasmestertjenester var estimert til 200 000 kroner per år, totalt 800 000 kroner over fire år. Totalt hadde rammeavtalene en årlig estimert verdi på 1,3 millioner kroner, og en total estimert verdi over fire år på 5,2 millioner kroner.
- (83) Slik klagenemnda forstår det, har innklagede kjøpt tjenester på rammeavtalene for 8 536 811 kroner (2 419 386 kroner i 2016, 2 224 055 kroner i 2017, 1 158 867 kroner i 2018 og 2 734 503 kroner i 2019).
- (84) Klagenemnda finner det også i dette tilfellet klart at innklagede har brukt en eller flere rammeavtaler utover det omfanget anskaffelsesdokumentene la opp til.
- (85) Innklagede har forklart at de ikke greier å oppdrive mer detaljert dokumentasjon om disse avropene. Offentlige oppdragsgivere forventes imidlertid å ha oversikt over de ulike avtalene de forvalter. Klagenemnda ber derfor innklagede om å undersøke nærmere hvilke beløp som faktisk er betalt på hver rammeavtale.
- (86) På dette tidspunktet har ikke klagenemnda mulighet til å spore tilbake hva som er kjøpt på hvilke avtaler. Nemnda har derfor ikke grunnlag for å vurdere om innholdet i den enkelte kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (87) 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».
- (88) 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.
- (89) Innklagede har anført at de ikke kan hefte for anskaffelser gjort av gamle Øygarden kommune. Det er imidlertid slik at nye Øygarden kommune må identifiseres med gamle Øygarden kommune.
- (90) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Et av formålene bak regelverket er å gi leverandører informasjon om relevante kontrakter. For rammeavtalen for «Røyrleggar» har innklagede gjort avrop som utgjør omtrent det dobbelte av den estimerte verdien av rammeavtalen, uten at det har blitt kunngjort en ny konkurranse. Det er heller ikke vist til forhold som kan unnta kjøpet fra kunngjøringsplikt. Klagenemnda finner samlet sett at innklagedes opptreden

må karakteriseres som grovt uaktsom. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

- (91) For rammeavtalen «*Grunnarbeid og vegvedlikehald*» har innklagede gjort avrop mange ganger kunngjort verdi. Det er heller ikke vist til forhold som kan unnta kjøpene fra kunngjøringsplikt. Klagenemnda finner det klart at innklagedes opptreden samlet sett må karakteriseres som grovt uaktsom. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (92) Basert på opplysningene i saken så langt, legger nemnda til grunn at gebyrgrunnlaget utgjør 70 621 521 kroner for rammeavtalen for «*Grunnarbeid og vegvedlikehald*» og 2 553 258 kroner for rammeavtalen «*Røyrleggar*». Innklagede oppfordres imidlertid til å redegjøre for hvilke beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt.
- (93) 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.
- (94) Det er etter klagenemndas syn en formildende omstendighet at anskaffelsene i utgangspunktet har vært konkurransutsatt. Rammeavtalenes omfang er imidlertid overskredet i en så betydelig grad at det ikke er tvilsomt at tjenestene skulle ha vært kunngjort.
- (95) I klagenemndas gebyrvedtak i sak 2020/1 satt klagenemnda gebyrets størrelse til ti prosent. I saken kom nemnda til at oppdragsgiveren hadde vesentlig endret en rammeavtale ved å overskride estimert maksimal verdi av rammeavtalen i saken. Differansen innebar at rammeavtalens faktiske verdi var mer enn tre ganger så høy som det øvre nivået på den estimerte verdien.
- (96) Sett hen til gebyrnivået i sak 2020/1, finner klagenemnda det naturlig å legge til grunn tilsvarende prosentsats på ti prosent for overskridelsen av rammeavtalen «*Røyrleggar*». På denne bakgrunn varsler klagenemnda om ileggelse av et gebyr avrundet til 255 000 kroner for denne rammeavtalen.
- (97) Når det gjelder rammeavtalen «*Grunnarbeid og vegvedlikehald*», er den faktiske verdien mer enn 15 ganger så høy som det øvre nivået på den estimerte verdien. Dette tilsier at gebyret bør settes høyere. Klagenemnda anser også innklagedes manglende kontroll over bruken av rammeavtalen som en skjerpene omstendighet som tilsier at gebyret skal settes høyere enn ti prosent. Nemnda finner det derfor riktig å varsle et gebyr på tolv prosent av anskaffelsens verdi for denne rammeavtalen. På denne bakgrunn varsler klagenemnda om ileggelse av et gebyr avrundet til 8 470 000 kroner for denne rammeavtalen.
- (98) Samlet utgjør de varslede gebyrene 8 725 000 kroner.

Klagenemnda varsler herved om følgende vedtak:

Øygarden kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 8 725 000.

– Åttemillionersyvhundreogtjuefemtusen – kroner.

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

Dersom innklagede ønsker å uttale seg ytterligere i saken, må merknader være mottatt hos klagenemnda ved sekretariatet innen 6. september 2021.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk