



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Tildeling. Dokumentasjonsplikt. Dialog. De generelle kravene i loven § 4.

Innklagede publiserte en forespørsel om pristilbud for leie av diverse maskiner, utstyr og tjenester. Klager fikk ikke medhold i at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser. Innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 4 ved å vektlegge momenter som det ikke var opplyst om på forhånd ved tildelingen av kontrakt. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør, førte ikke frem. Klager fikk heller ikke medhold i at innklagede hadde brutt dokumentasjonsplikten i forskriften § 7-1.

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2020 i sak 2018/221

Klager: Jan Erling Pettersen

Innklaget: Leka kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Kristian Jåtog Trygstad og Marianne Dragsten.

Bakgrunn:

- (1) Leka kommune (heretter *innklagede*) publiserte en forespørsel om pristilbud for leie av diverse maskiner, utstyr og tjenester i tidsperioden 15. april 2018 til 15. april 2021 i Lekaposten nr. 6. 2018. Avisen ble utgitt 23. mars 2018. Frist for å inngi tilbud ble satt til 6. april 2018.
- (2) Foruten annonsen i Lekaposten, var det ikke utarbeidet noe grunnlag for levering av tilbud.
- (3) Av annonsen fremgikk følgende:

«Leka kommune ønsker pristilbud på følgende:

- *Timespris på stor gravemaskin (8 t og 13-16 t) m/mann*
- *Timespris på hjulgravemaskin m/mann*
- *Timespris minigraver u/mann og m/mann*
- *Timespris på lastebil m/mann*
- *Timespris på trearbeid (snekker, tømrer)*
- *Timespris malingsoppdrag*

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

Pris skal oppgis uten MVA.»

- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud. På forespørselen om tilbud på oppdrag med gravemaskin og lastebil, som denne klagen gjelder, mottok innklagede tilbud fra Jan Erling Pettersen (heretter *klager*) og Leka Graveservice AS (heretter *valgte leverandør*).
- (5) Klager hadde i sitt tilbud oppgitt en timespris på henholdsvis 450 kroner og 300 kroner for minigraver med og uten mann. I tilbudet var det opplyst at minigraveren var 2,5 tonn. Timespris på lastebil med mann var satt til 725 kroner.
- (6) Valgte leverandør tilbød en minigraver på 2,7 tonn, hvor prisen med og uten mann var satt til henholdsvis 455 kroner og 390 kroner. I tilbudet datert 4. april 2018, var det ikke oppgitt timespris på lastebil.
- (7) På stor gravemaskin (8 tonn) hadde klager og valgte leverandør begge oppgitt en timespris på 495 kroner. I tilbudet til klager var det presisert at gravemaskinen hadde «rotor tilt og stålpeklipse».
- (8) Innklagede rettet en henvendelse per e-post 16. april 2018 til klager, med spørsmål om leie av gravemaskin «inkluderer tilleggsutstyr og rigging (flytting) (steinsklype, skuffealternativer mv?)».
- (9) Klager besvarte e-posten samme dag og klargjorde at tilbudte priser inkluderte skuffer, maskinflytting og diverse annet utstyr.
- (10) I e-post av 16. april 2018, gjorde innklagede valgte leverandør oppmerksom på at tilbudet deres ikke inneholdt pris på lastebil:

«Hei, Leka Graveservice AS ved Jan Arild Leknes

Det er registrert at det ikke er levert pris på lastebil. Det ble gjort en åpenbar feil i anbudsprosessen ved at Teknisk leder ga deg beskjed om at det ikke var nødvendig å levere skriftlig tilbud på lastebil.

Dersom dere ønsker å gi tilbud på lastebil er fristen i dag 16.04.18.»

- (11) Innen den gitte fristen innga valgte leverandør et revidert pristilbud, hvor timespris for lastebil med mann var satt til 700 kroner.
- (12) Innklagede meddelte i brev av 16. april 2018, at klager ble tildelt kontrakt på stor 13-16 tonns gravemaskin, hjulgravemaskin og minigraver til kirkegård. Valgte leverandør ble tildelt kontrakt på minigraver, stor 8 tonns gravemaskin til mindre oppdrag og lastebil. I brevet stod det at innklagede ville innhente pris på større oppdrag med 8 tonns gravemaskin. Av brevet fremgikk blant annet:

«3 Timepris på stor gravemaskin, 8 tonn

Begge entreprenører har levert likt tilbud, 495 kr/time eks moms med fører.

Vurdering: Ved større oppdrag innhentes pris. For mindre oppdrag kjøper Leka kommune tjenesten hos Leka Graveservice.

[...]

6 Timepris minigraver uten og med fører:

Jan Erling Pettersen - med og uten fører - 2,5 tonn, hhv 450/300 kr/time.

Leka Graveservice - med og uten fører - 2,7 tonn, hhv 455/390 kr/time.

Vurdering: Ulik størrelse på minigraver tilsier at Leka kommune kjøper tjenesten fra Leka Graveservice.

7 Timepris på lastebil:

Jan Erling Pettersen - med fører, 725 kr/time.

Leka Graveservice - med fører, 700 kr/time.

Vurdering: Leka kommune kjøper tjenesten av Leka Graveservice som tilbyr lavest pris.»

- (13) Klager påklaget tildelingen i brev av 3. mai 2018. Klager viste blant annet til at innklagede ikke hadde tatt hensyn til at klager tilbudte en 8 tonns gravemaskin med integrert rotortilt, samt at innklagede hadde vektlagt størrelse på minigraver til tross for at klager hadde det beste pristilbudet. Innklagede avsto klagen og opprettholdt tildelingen i brev av 15. juni 2018:

«[...] Begge tilbydere ble nøye vurdert med bakgrunn i kommunens bestilling. At leverandørene hadde lik pris på 8 tonns maskin, gjorde at tilbudene ble vurdert ekstra nøye. I din klage på vedtaket, hevder du at beste tilbud ikke er valgt. Dette begrunner du med at integrert kM i rotortilt mangler i konkurrentens tilbud. Integrert rotortilt og klo var ikke spesifisert i bestillingen. Imidlertid har begge leverandører rotortilt og klo.

Leka kommune har fordelt oppdragene rettferdig etter priskriteriene. Ved større oppdrag i 3 års perioden, vil det uansett innhentes pris.»

- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. juli 2018.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. januar 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har tildelt kontrakter på gravemaskinarbeid og arbeid med lastebil uten forutgående kunngjøring. Verdien av disse kontraktene overstiger nasjonal terskelverdi. Dette representerer derfor en ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) Innklagede har handlet i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4 ved ikke å velge det rimeligste pristilbudet. Tilbudsforespørselen forutsatte at tilbudene utelukkende ville bli evaluert på bakgrunn av pris.
- (18) Innklagede har ikke tildelt kontrakter under rammeavtalen på grunnlag av objektive regler som sikrer likebehandling av leverandørene. Dette er et brudd på forskriften § 11-1 andre ledd.

- (19) Innklagede har handlet i strid med regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør etter tilbudsfristen.
- (20) Innklagede har brutt forskriften § 10-5 ved ikke å føre protokoll.
- (21) Innklagede har ikke overholdt dokumentasjons- eller protokollplikten i forskriften § 7-1.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Det bestrides at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Verdien av kontraktene på gravemaskinarbeid overstiger ikke kunngjøringspliktig beløp. Ved beregningen av anskaffelsens verdi må disse oppdragene holdes atskilt fra arbeid med lastebil.
- (23) Det bestrides at det er handlet i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Anskaffelsen av avtale om gravemaskinoppdrag er gjennomført i overenstemmelse med de reglene som gjelder for del I-anskaffelser.
- (24) Det bestrides at innklagede har handlet i strid med regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør etter tilbudsfristen.
- (25) Forskriften §§ 10-5 og 11-1 som klager viser til, er inntatt i forskriften del II og gjelder dermed ikke denne anskaffelsen.
- (26) Det bestrides at dokumentasjons- og protokollplikten i forskriften § 7-1 er brutt. Tildelingsbrevet av 16. april 2018 gjør rede for anskaffelsens vesentlige forhold. Det er dokumentets reelle innhold som er avgjørende for hvorvidt dokumentasjonsplikten er oppfylt, ikke hva dokumentet er benevnt som.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder innleie av maskiner, utstyr og tjenester til drifts- og vedlikeholdsoppdrag, som er en tjenesteanskaffelse.

Påstand om ulovlig direkte anskaffelse

- (28) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt, se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (29) Utgangspunktet er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. forskriften §§ 5-1 andre ledd, og 8-17 første ledd. På det tidspunktet prisforespørselen ble publisert i Leka-posten, var terskelverdien på 1,1 millioner kroner ekskl. mva.
- (30) For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi, som frem til 6. april 2018, var 1,75 millioner kroner ekskl. mva, er det videre en plikt til å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen.
- (31) En anskaffelse kan bestå av flere deloppdrag. Det er ikke tvilsomt, og heller ikke bestridt, at de ulike gravemaskinoppdragene anses som én anskaffelse. Klager anfører at de annonserte oppdragene om gravemaskinarbeid med ulike maskintyper og oppdrag med

lastebil, må anses som én anskaffelse som dermed var kunngjøringspliktig, og som dermed utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

- (32) Klagenemnda er ikke enig i dette. Slik klagenemnda ser det, dreier det seg om to selvstendige anskaffelser. Tjenestene som etterspørres, gjelder utførelse av forskjellig type arbeid, som slik sett oppfyller ulike behov. Det er ingen tidsmessig sammenheng mellom når det vil være behov for tjenestene. Oppdragene inngår heller ikke som en del av et felles prosjekt, og er ikke avhengige av hverandre, se til sammenligning EUDomstolens avgjørelse i sak C-16/98 *Sydev*.
- (33) Anskaffelsen av rammeavtalen for lastebiloppdrag, var estimert til under 100 000 kroner ekskl. mva. Det er dermed klart at denne avtalen ikke representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (34) Innklagede har oppgitt at verdien av gravemaskinkontraktene var estimert til 940 000 kroner ekskl. mva., altså under nasjonal terskelverdi. Innklagede har forklart at verdiberegningen ble gjort ut fra erfaringstall for bruk av de ulike maskintypene i 2016 på 226 239 kroner ekskl. mva., og i 2017 på 400 663 kroner ekskl. mva. Dette ga et gjennomsnittlig årsforbruk på ca. 313 000 kroner.
- (35) Hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse, skal baseres på en forsvarlig vurdering av anskaffelsens samlede anslåtte verdi på det tidspunktet oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen, jf. forskriften § 5-4 andre ledd andre setning. Innklagede har forklart at verdien ble estimert på bakgrunn av erfaring, og at det også var en viss margin før anskaffelsen oversteg nasjonal terskelverdi.
- (36) Avropene på rammeavtalene har vært større enn det innklagede i utgangspunktet estimerte per år. Det er opplyst at innklagede til sammen betalte 604 457 kroner for gravemaskintjenester fra 15. april 2018 til 19. august 2019. Det at det årlige forbruket har vist seg å være høyere enn innklagedes anslag, innebærer ikke uten videre at estimatet er uforsvarlig. Innklagede har forklart at dette skyldes ekstraordinære utgifter i forbindelse med opprydding etter flom/skader på en molo. Videre har innklagede vist til at forbruket fortsatt er under terskelverdien for kunngjøringsplikten etter forskriften del II. Selv om det årlige forbruket har vært høyere enn det som var forventet, finner nemnda ikke holdepunkter for at innklagedes verdivurdering var uforsvarlig på det tidspunktet prisforespørselen ble annonsert, jf. forskriften §§ 5-4 femte ledd og andre ledd.
- (37) Verdien av gravemaskinkontraktene er under terskelverdi, og var følgelig ikke kunngjøringspliktig. Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av gravemaskinoppdrag, fører ikke frem.
- (38) Når det gjelder klagers øvrige anførsler om ulovlige direkte anskaffelser, er disse ikke videre begrunnet fra klagers side og er dermed for vage til å ta stilling til. Anførselene om ulovlige direkte anskaffelser avvises derfor fra behandling av nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9 første ledd.

Tildelingsbeslutning

- (39) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å velge tilbudet med den laveste prisen, men også legge vekt på størrelsen på minigraver. Dette til tross for at

innklagede utelukkende ba om timespriser på de aktuelle arbeidene. Det er enighet om at klager tilbød lavere priser enn valgte leverandør både på minigraver med og uten mann.

- (40) Ved evalueringen av tilbudene utøver innklagede et innkjøpsfaglig skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Det kan imidlertid prøves om skjønnsutøvelsen er usaklig, uforsvarlig, basert på feil faktum, eller i strid med de grunnleggende kravene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2016/201, premiss 25.
- (41) Den aktuelle konkurransen er gjennomført som en del I-anskaffelse. I departementets veileder til regelverket om offentlige anskaffelser fremgår det under punkt 9.3.3 om anskaffelser som følger anskaffelsesforskriften del I:

«Når det gjelder hva som vil vektlegges ved valget av leverandør må oppdragsgiveren opplyse på forhånd hva han vil legge vekt på ved vurderingen av tilbudene. Når kontrakten skal tildeles kan det ved mindre anskaffelser (nærmere 100.000 kroner) være tilstrekkelig å si noe helt overordnet om hva som vil vektlegges når kontrakten skal tildeles. Ved større anskaffelser (over 500.000 kroner) stilles det strengere krav til oppdragsgiverens beskrivelse av hvordan evalueringen av tilbudene skal foregå. Ved slike anskaffelser vil ofte flere momenter være relevante når det avgjøres hvem som skal tildeles kontrakten. Oppdragsgiveren må da gi tilstrekkelige opplysninger om alle momentene han ønsker å vektlegge.»

- (42) Klagenemnda er enig i denne anvendelsen av prinsippet om forholdsmessighet. Kravet til forutberegnelighet i lovens § 4 medfører videre at det må opplyses på en tilstrekkelig klar måte hvilke momenter som vil bli vektlagt ved tildelingen.
- (43) Annonsen i Lekaposten ga følgende informasjon:

«Leka kommune ønsker pristilbud på følgende:

Timespris på stor gravemaskin (8 t og 13-16 t) m/mann

Timespris på hjulgravemaskin m/mann

Timespris minigraver u/mann og m/mann

Timespris på lastebil m/mann

Timespris på trearbeid (snekker, tømrer)

Timespris malingsoppdrag [...]».

- (44) Det var ikke utarbeidet ytterligere anskaffelsesdokumenter som grunnlag for inngivelse av tilbud, eller nærmere spesifisert noe om behovet for de aktuelle tjenestene. Ut fra ordlyden i annonsen har ikke innklagede fraskrevet seg muligheten til å se hen til andre forhold enn pris ved valg av tilbud. Når innklagede utelukkende ba om timepriser, var det imidlertid bare dette leverandørene hadde oppfordring til å levere tilbud på. En normalt påpasselig tilbyder hadde ikke grunn til å regne med at det ville bli lagt vekt på annet enn timepris. Det ble heller ikke etter tilbudene var inngitt, gitt informasjon som tilsa at andre forhold ville bli vektlagt. Innklagede har overfor potensielle tilbydere ikke tilkjennegitt at størrelsen på minigraveren ville ha betydning for tildelingen. Innklagede har dermed

brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 4 ved å legge vekt på størrelsen på minigraveren ved tildelingen.

- (45) Hva gjelder klagers øvrige anførsler knyttet til tildelingen av kontrakter, gir disse ikke grunnlag for å fastslå at innklagede har tildelt kontrakter i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (46) Regelen i forskriften § 11-1 andre ledd, som klager også har vist til, gjelder forskriften del II, og kommer dermed ikke til anvendelse.

Dialog

- (47) Valgte leverandør innga opprinnelig et tilbud som ikke inneholdt pris på lastebil. Etter en henvendelse fra innklagede, leverte valgte leverandør et revidert tilbud med pris på lastebil. Klager anfører at innklagede med dette har brutt regelverket ved å gå i dialog med valgte leverandør etter tilbudsfrist.
- (48) Forskriften del I inneholder i utgangspunktet ingen bestemmelser som uttrykkelig forbyr oppdragsgiver fra å gå i dialog med leverandører etter tilbudsfrist. Adgangen til å gå i dialog må likevel skje innenfor de grunnleggende prinsippene om likebehandling og etterprøvnbarhet i loven § 4.
- (49) Innklagede har forklart at man ved en feil først ga valgte leverandør beskjed om at det ikke var nødvendig å inngi et skriftlig pristilbud på lastebil. Så snart innklagede ble oppmerksom på feilen, fikk valgte leverandør anledning til å levere et slikt tilbud.
- (50) Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har brutt de grunnleggende prinsippene om likebehandling og etterprøvnbarhet i loven § 4. Nemnda bemerker for øvrig at det her er tale om en avtale med en anslått verdi på 100 000 kroner ekskl. mva, altså i det helt nederste sjiktet av de anskaffelser som omfattes av regelverket.
- (51) Klagers anførsel kan etter dette ikke føre frem.

Dokumentasjons- og protokollplikt

- (52) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 7-1 ved ikke å føre dokumentasjon eller nedtegne vesentlige forhold av betydning for gjennomføringen av anskaffelsen.
- (53) Det følger av forskriften § 7-1 første ledd at «[o]ppdragsgiveren skal oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen». Av bestemmelsens tredje ledd fremgår det videre at «[v]esentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes eller samles i en protokoll».
- (54) Dokumentasjons- og protokollplikten er et utslag av det grunnleggende kravet til etterprøvnbarhet i loven § 4. Bestemmelsen gir imidlertid ikke detaljerte føringer for hvordan plikten skal oppfylles. Avgjørende må være at oppdragsgiver nedtegner informasjon som til sammen gjør det mulig å forstå oppdragsgivers valg og vurderinger i anskaffelsesprosessen.
- (55) I tildelingsbrevet datert 16. april 2018, beskrev innklagede anskaffelsen, hvilken tilbudsfrist som var satt og navnet på leverandørene som innga tilbud. Videre var det

inntatt informasjon om tilbydernes priser, en begrunnelse for valg av leverandør, og navnet på de leverandørene som ble tildelt de ulike kontraktene.

- (56) Klagers anførsler om at innklagede har brutt dokumentasjonsplikten i forskriften § 7-1, kan etter dette ikke føre frem.
- (57) Regelen i forskriften § 10-5, som klager også viser til, gjelder forskriften del II, og kommer dermed ikke til anvendelse.

Konklusjon:

Leka kommune har brutt lovens § 4 ved å vektlegge forhold ved tildelingsevalueringen som det ikke var opplyst om på forhånd.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk