



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Kystverket gjennomførte i 2018 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av produkter og tjenester knyttet til droner. Anskaffelsen ble gjennomført på vegne av fire offentlige etater, herunder innklagede. Den 27. september 2018 gjorde innklagede avrop på rammeavtalen. Avropet omfattet kjøp av droner, skipsmonterte sensorer og nødvendig opplæring. Levering av dronene skjedde 2 til 37 uker etter angitt leveringstid. De skipsmonterte sensorene ble levert 14 til 50 uker etter angitt leveringstid. Klagenemnda fant at forskyvningene av leveringstidspunktene var en vesentlig endring av rammeavtalen. På denne bakgrunn kom klagenemnda til at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på 5 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 8 juli 2020 i sak 2019/29

Klager: Nordic Unmanned AS

Innklaget: Kystverket

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kjersti Holum Karlstrøm

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og illeggelse av overtredelsesgebyr

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Kystverkets (heretter *innklagede*) kjøp av droner og tilhørende utstyr og tjenester. Nordic Unmanned AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev mottatt 11. januar 2019.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede illegges et gebyr på 451 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av droner og tilhørende utstyr. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov av 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 20. april 2018 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om kjøp av produkter og tjenester tilknyttet droner, omtalt i anskaffelsesdokumentene som *remotely piloted aircraft systems* (heretter *RPAS*). Rammeavtalen ville ha en varighet på 2 år, med opsjon på forlengelse i inntil 1+1 år. Anskaffelsen skulle utføres på vegne av Sjøfartsdirektoratet, Direktoratet for strålevern og atomsikkerhet (tidligere Statens strålevern), Kystvakten og innklagede selv. Anskaffelsens verdi ble estimert til 10 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 4. juni 2018.
- (4) Innklagede avholdt 19. mars 2018 en tilbyderkonferanse. På konferansen ble fremdriftsplanen og forbehold knyttet til leveringstid presentert for leverandørene.

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

(5) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget («Bilag 1 til SSA-R») punkt 2.1 og 2.2 at formålet med anskaffelsen var å gå til innkjøp av droner, sensorer, annet tilleggsutstyr og andre tjenester knyttet til dronene, herunder vedlikehold, opplæring og service. Leveransen skulle inkludere et system for datafangst, samt skipsmontert styrings-/pekeenhet til Kystverkets sensorer til bruk om bord på indre kystvaktfartøy. Systemene skulle leveres som en pakkeløsning.

(6) I punkt 2.2 var det opplyst om at «[v]ed signering av avtale har [innklagede] til hensikt å løse ut avrop på 5 komplette systemer ref. 2.5.

I første omgang er det sannsynlig at Statens strålevern og Sjøfartsdirektoratet gjør avrop på en sensor hver. En evaluering av disse leveransene, samt tildeling av midler styrer i hvilken grad de ser for seg å anskaffe ytterligere enheter.»

(7) I punkt 2.5.7 var det stilt krav til integrering av Maritim Bredbåndsradios nettverk i dronene (heretter MBR). Nettverket er etablert blant annet mellom Kystvaktens skip som inngår i beredskapen mot akutt forurensning:

«Det er et krav til at leverandør av denne løsningen besørger MBR integrering i RPAS, benytter MBR 179 antenne som er montert om bord på hvert fartøy, samt en enhet som skal kunne monteres på håndkontroller ved forflytning av systemet. Leveransen skal inkludere Integrering av MBR for styring av RPAS, samt datafangst (Se figur 1).»

(8) Figur 1 viste hvordan kommunikasjon ved bruk av MBR skulle settes opp. Slik det fremgikk av bildet, skulle dronen påmonteres MBR144 UAV. I omtalen av figuren fremgikk det ytterligere krav til leveransen, herunder følgende:

«I RPAS skal det monteres en MBR144 UAV. Både MBR 144 OEM og MBR 144 UAV skal inkluderes i leveranse og er leverandørs ansvar.»

(9) I punkt 2.8 («Leveranse») var det stilt krav til leveringsdatoer og utarbeidelse av fremdriftsplan:

«Første hovedsystem ønskes levert og klar til operativ drift ila. oktober 2018. Med Kystverkets hovedsystemet menes komplett system med unntak av system for skipsmontert sensor (pkt 2.5.4), Sjøfartsdirektoratets sensor (pkt 2.6) og Statens Stråleverns sensor (pkt2.7).

Øvrige hovedsystem, samt 1. system for skipsmontert sensor skal leveres senest innen 1.desember 2018.

Øvrige system for skipsmontert sensor skal leveres innen 1.mars 2019.

Sensorer til Sjøfartsdirektoratet og Statens Strålevern angis med egne leveringstider men første enheter senest 1. mars 2019.

Fremdriftsplan fra kontraktsignering til ferdig installasjon og akseptansetest utarbeides og fremlegges av tilbyder. (tentativ fremdriftsplan fra leverandør kan forutsette nødvendig tilkomst til fartøyet. Dette kan ikke til enhver tid garanteres grunnet krav til operativitet på fartøyet, og Kystverket forbeholder seg derfor rett til å kunne justere/endre på planlagt fremdrift).

Utstyret leveres om bord på aktuelle kystvaktfartøyer før eller ifm. montasje etter leverandørs plan i samråd med mottaker med Incoterms kode DDP (Delivered Duty Paid). Ved kai i Norge».

- (10) Av samme punkt gikk det også frem at leverandørene måtte bekrefte at de kunne levere innen de angitte fristene. Punktet var merket med et rødt varseltegn.
- (11) Den 23. mai 2018 orienterte innklagede leverandørene om kravet til leveringsfrist:
«The requirement of October 2018, is depending that we have signed a contract in July 2018. If the contract is signed later, the delivery date will be equivalent later».
- (12) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fire leverandører, herunder Acecore Technologies JL B.V., Nordic Unmanned AS (heretter *klager*), Norse Asset Solutions AS og ROVDrone AS.
- (13) I brev av 8. juni 2018 ble ROVDrone AS avvist fra konkurransen, på grunn av vesentlige avvik i tilbudet. Den 20. juni 2018 sendte innklagede også et avvisningsbrev til Acecore Technologies JL B.V. Også dette tilbudet ble avvist som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (14) I brev av 22. juni 2018 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt Norse Asset Solutions AS (heretter *valgte leverandør*). Det fremgikk av tildelingsbrevet at valgte leverandør hadde levert et tilbud med en totalpris på 14 079 550 kroner.
- (15) Innklagede og valgte leverandør inngikk en rammeavtale 11. juli 2018.
- (16) Den 27. september 2018 gjorde innklagede første avrop på rammeavtalen. Avropet omfattet 5 droner/hovedsystemer med sensorer, pilotkurs og 5 skipsmonterte sensorer.
- (17) Den 29. oktober 2018 gjorde innklagede et nytt avrop på rammeavtalen. Avropet omfattet kjøp av en drone betegnet som et reserve/øvelsessystem.
- (18) I perioden 8. november 2018 til 9. mars 2019 pågikk det en statlig aksjon mot akutt forurensning knyttet til havariet av fregatten KNM Helge Ingstad. Innklagede ledet denne aksjonen, og to fartøy fra Kystvakten deltok med sine ressurser.
- (19) Den 19. november 2019 foretok innklagede et ytterligere avrop på rammeavtalen. Avropet omhandlet reservedeler til droner.
- (20) Den første dronen ble levert 12. februar 2019. Andre drone ble levert 25. mars 2019. Første skipsmonterte sensor ble levert 19. juni 2019. Tredje drone og den andre sensoren ble levert 26. august 2019. Tredje sensor ble levert 30. september 2019. Fjerde drone ble levert 1. oktober 2019. Femte drone ble levert 13. november 2019. Fjerde skipsmonterte sensor ble levert i midten av april 2020.
- (21) Den femte skipsmonterte sensoren ble levert i starten av mai 2020.
- (22) Klagen med påstand om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ble brakt inn for klagenemnda 12. januar 2019.
- (23) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 27. april 2020.

- (24) Klagenemnda sendte 28. april 2020 varsel om ileggelse av et gebyr på 7 prosent av anskaffelsens verdi.
- (25) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 19. mai 2020. Klagers merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 3. juni 2020.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (26) Innklagede har foretatt vesentlige endringer av den inngåtte rammeavtalen med valgte leverandør. Innklagede har derfor gjennomført ulovlige direkte anskaffelser. Det foreligger fire ulike forhold, som alle hver for seg utgjør en vesentlig endring av rammeavtalen.
- (27) For det første har valgte leverandør endret en av sine underleverandører i strid med inngitt tilbud.
- (28) For det andre har valgte leverandør levert en øvingsdrone som ikke oppfyller et minstekrav i kravspesifikasjonen. Dronene skulle leveres med egen MBR-radio, noe øvingsdronen ikke har.
- (29) Videre har ikke leveransen av hovedsystemene skjedd i tråd med leveringsfristene som fremgår av konkurransegrunnlaget. Heller ikke leveransen av skipsmonterte sensorer har skjedd i tråd med de angitte leveringsfristene.
- (30) Forskyvningen av de absolutte leveringsfristene ville ha ført til at andre leverandører kunne ha deltatt i konkurransen, og at innklagede kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør. Endringene av leveringstidspunktene er derfor vesentlige endringer av kontrakten.
- (31) I tilsvaret til klagenemndas varsel om overtredelsesgebyr har innklagede anført at forliset av fregatten KNM Helge Ingstad er hovedårsaken til forskyvningen av leveringsplanen. Denne anførselen må avvises av klagenemnda. Saken har ligget til behandling hos klagenemnda i over ett år, og innklagede har hatt oppfordring til å bringe denne informasjonen inn i saken på et tidligere tidspunkt.
- (32) Endelig anføres det at innklagede har opptrådt grovt uaktsomt. Innklagede er selv å bebreide for utformingen av konkurransegrunnlaget, planleggingen av anskaffelsen og kontraktsoppfølgingen. Det kan ikke stilles lempeligere krav til gjennomføringen av anskaffelser der ulike etater samarbeider.

Innklagedes anførsler:

- (33) Det bestrides at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av droner og tilhørende utstyr og tjenester. Forskyvningen av leveringstidspunktene for både det første hovedsystemet, de øvrige hovedsystemene samt de skipsmonterte sensorene er ikke en endring av rammeavtalen. Det var forutsatt i konkurransegrunnlaget at det kunne bli aktuelt med forskyvninger. Innklagede forbeholdt seg en rett til å endre på fremdriftsplanen. En eventuell endring er uansett ikke vesentlig.

- (34) I tilsvaret til klagenemndas varsel om overtredelsesgebyr gjør innklagede subsidiært gjeldende at en eventuell endring av rammeavtalen ikke er vesentlig, fordi det var hjemmel i forskriften § 28-1 (1) bokstav d til å foreta endringene. Hovedårsaken til at innklagedes opprinnelige plan for innfasing har blitt forsinket, er innklagedes deltakelse i en statlig aksjon mot akutt forurensning i tilknytning til forliset av fregatten Helge Ingstad. En slik ekstraordinær omstendighet kunne ikke innklagede forutse.
- (35) Innklagede har opptrådt aktsomt. Konkurransen var kunngjort, og innklagede kunne ikke forutse se forhold som senere ledet til en forskyvning av leveringstidspunktene. Sett hen til dette, og anskaffelsens kompleksitet, må innklagedes kontraktoppfølging karakteriseres som aktsom.
- (36) Et eventuelt gebyr må baseres på innklagedes avrop datert 27. september 2020. Utmåling av gebyret må sees opp mot hver enkelt leveranse, dens verdi og eventuelle grad av forsinkelse.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør.
- (38) 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 henvisning til forskriften §§ 28-1 (1) bokstav f og 28-2.
- (39) Som det fremgår av vedtaket, er det tale om en endring av rammeavtalen som ble foretatt etter at innklagede gjorde avrop på rammeavtalen. I likhet med klagenemndas fremgangsmåte i eksempelvis sak 2018/185, avsnitt 22 og 23, finner klagenemnda det av denne grunn mest nærliggende å vurdere om endringen er lovlig eller ikke jf. §§ 28-1 og 28-2, og ikke om avropsavtalen er inngått *«på grunnlag av kontraktvilkårene i rammeavtalen»*, jf. § 26-2 (1).
- (40) Det følger av den førstnevnte bestemmelsen at en endring ikke er tillatt dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. En endring er alltid vesentlig dersom den
- «a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,*
- b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,*
- c) utvider kontraktens omfang betydelig eller*
- d) gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 28-1 første ledd bokstav e.»*

- (41) Klager anfører at kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør er vesentlig endret på flere punkter. Klagenemnda vil i det følgende gå gjennom hver av disse anførte endringene.

Skifte av underleverandør

- (42) Klager har for det første anført at innklagede har foretatt en vesentlig endring av rammeavtalen ved å gi valgte leverandør adgang til å skifte ut en av sine underleverandører. Bakgrunnen for byttet er ifølge klager at det forelå mangler ved valgte leverandørs tilbud. Ifølge klager ble byttet av underleverandør dermed gjennomført for å oppfylle krav i konkurransegrunnlaget.
- (43) Innklagede har imidlertid avkreftet at det er foretatt en endring av underleverandør. Klagenemnda legger denne opplysningen til grunn. Klagers anførsel om vesentlig endring på dette grunnlaget, kan dermed ikke føre frem.

Kjøp av øvingsdrone

- (44) Klager anfører videre at innklagede har foretatt en vesentlig endring av rammeavtalen ved å kjøpe en øvingsdrone som ikke tilfredsstiller et av minstekravene i kravspesifikasjonen.
- (45) Innkjøpet av øvingssystemet ble gjort etter et særskilt avrop på rammeavtalen. Det er på det rene at øvingssystemet ikke er levert med egen MBR-radio, og at dette utgjør et avvik fra følgende krav i kravspesifikasjonen:

«I RPAS skal det monteres en MBRI44 UAV. Både MBR 144 OEM og MBR 144 UAV skal inkluderes i leveranse og er leverandørs ansvar»

- (46) Spørsmålet er om kjøpet av øvingssystemet innebærer at «innholdet i kontrakten [er] vesentlig forskjellig» fra den opprinnelige rammeavtalen, jf. § 28-2 første ledd.
- (47) Klagenemnda kan ikke se at dette er tilfellet. Innklagede har valgt å kjøpe et øvingssystem som ikke skal leveres med egen MBR-radio. Kjøpet ble gjennomført som et særskilt avrop på rammeavtalen, og dronen er ikke en del av hovedsystemene som skal leveres. Dette utgjør riktignok en ny betingelse i rammeavtalen, jf. forskriften § 28-2 bokstav a, men klagenemnda kan ikke se at denne endringen ville hatt betydning for potensielle leverandørers deltakelse i konkurransen, eller at endringen kunne ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagenemnda viser i den forbindelse til at øvingsdronen etter det opplyste hadde en verdi på 895 604 kroner ekskl. mva. Kravene til hovedsystemene er ikke endret, og samtlige fem hovedsystem er levert med MBR-radio. Avviket gjelder altså én drone, som i utgangspunktet kun skal fungere som en øvingsdrone. Klagenemnda kan heller ikke se at kjøpet påvirker den økonomiske balansen til fordel for valgte leverandør, eller at kjøpet vesentlig utvider omfanget av rammeavtalen. Slik klagenemnda ser det, er hovedytelsen i kontrakten den samme. Kjøpet av øvingssystemet innebærer ikke at innholdet i rammeavtalen er vesentlig forskjellig fra den opprinnelige rammeavtalen.
- (48) Klagers anførsel om vesentlig endring på dette grunnlaget, kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Forskyvninger i leveringstidspunkter

(49) Klager anfører videre at kontrakten er vesentlig endret ved at det gjort flere forskyvninger i de angitte leveringstidspunktene – både for hovedsystemene og for de skipsmonterte sensorene.

(50) I konkurransegrunnlaget var det under punkt 2.8 («*Leveranse*») oppstilt leveringsfrister for dronene og sensorene som rammeavtalen omfattet. Det fremgikk her at:

«Første hovedsystem ønskes levert og klar til operativ drift ila. oktober 2018.

[...]

Øvrige hovedsystem, samt 1. system for skipsmontert sensor skal leveres senest innen 1. desember 2018.

Øvrige system for skipsmontert sensor skal leveres innen 1. mars 2019.

[...]»

(51) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, var det oppstilt tydelige leveringsfrister. Leverandørene skulle bekrefte eller avkrefte at de kunne innfri kravet til levering innen de angitte datoene, ved å svare ja eller nei. Videre var det lagt opp til en todelt levering av varene. Det skulle først leveres ett hovedsystem, før leverandøren skulle levere de resterende hovedsystemene samlet. De skipsmonterte sensorene skulle leveres på tilsvarende måte.

(52) Den 23. mai 2018 presiserte innklagede at kravet om levering av det første hovedsystemet i oktober 2018 «*[...] is depending that we have signed a contract in July. If the contract is signed later, the delivery date will be equivalent later*».

(53) Slik klagenemnda leser denne meldingen, presiserer den det som allerede følger av en tolkning av konkurransegrunnlaget: Innklagede skal inngå en rammeavtale, og kan ikke kreve oppfyllelse fra valgte leverandør uten at det er gjort avrop. Meldingen henviser utelukkende til leveringstidspunktet for det første hovedsystemet, men er naturlig å forstå slik at også de øvrige leveringsfristene ville kunne bli utsatt.

(54) På denne bakgrunn må presiseringen av 23. mai 2018 forstås slik at leveringsfristene i realiteten ga uttrykk for en leveringstid – regnet fra tidspunktet for avrop. Dersom innklagede hadde foretatt avrop i juli, ville leveringstiden for det første og de øvrige hovedsystemene ha vært henholdsvis 4 og 5 måneder. For de skipsmonterte sensorene ville leveringstiden for den første sensoren ha vært 5 måneder, mens den for de øvrige sensorene ville ha vært 8 måneder. Ved spørsmålet om hvor store forskyvninger i leveringstidspunktene som har funnet sted, tar klagenemnda utgangspunkt i disse leveringstidene.

(55) Avrop på hovedsystem og skipsmonterte sensorer ble foretatt 27. september 2018. Første hovedsystem ble levert 12. februar 2019, hvilket innebærer en forskyvning på omtrent 2 uker. De øvrige hovedsystemene ble levert i tidsrommet fra 25. mars til 13. november 2019. Dette innebærer en forskyvning på 4 til 37 uker. Hva gjelder de skipsmonterte sensorene, ble første sensor levert 19. juni 2019. De andre sensorene ble levert 26. august

2019, 30. september 2019, i midten av april 2020 og i begynnelsen av mai 2020. Dette innebærer en forskyvning av leveringsfristen på omtrent 16, 14, 19, 47 og 50 uker.

- (56) Innklagede har anført at forskyvningen av leveringstidspunktene ikke utgjør en endring av rammeavtalen, ettersom innklagede i konkurransegrunnlaget forbeholdt seg en rett til å justere på fremdriftsplanen leverandørene var bedt om å fremlegge sammen med tilbudet.
- (57) Det er riktig at det i konkurransegrunnlaget punkt 2.8 («Leveranse»), under krav til utarbeidelse av en fremdriftsplan, ble angitt at fremdriftsplanen var «tentativ» og at fremdriften var avhengig av «nødvendig tilkomst til fartøyet». I forlengelsen av dette forbeholdt innklagede seg derfor en rett til å kunne «justere/endre på planlagt fremdrift».
- (58) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget på dette punkt, var det naturlig for potensielle leverandører å anta at det kunne skje enkelte små justeringer av fremdriftsplanen.
- (59) Hvordan det var rimelig å forstå omfanget av denne justeringsadgangen, må imidlertid sees i sammenheng med de angitte leveringsfristene. For potensielle leverandører var det nærliggende å forstå leveringsfristene slik at en hurtig levering var viktig for innklagede, og at eventuelle justeringer ikke ville være betydelige. Klagenemnda viser her til at innklagede ba leverandørene om å bekrefte at de kunne levere dronene innen de angitte datoene. Det var derfor ikke rimelig å forstå konkurransegrunnlaget på den måten at det åpnet for en flere måneder lang forlengelse av leveringstiden. Klagenemnda bemerker i denne forbindelse at valgte leverandør etter det opplyste var klar til å levere samtlige hovedsystem til innklagede allerede i desember 2018. Slik klagenemnda ser det, tilsier dette at i alle fall valgte leverandør har oppfattet leveringsfristene i konkurransegrunnlaget som klare.
- (60) Forskyvningene av leveringstidspunktene for de ulike delene av leveransen, utgjør på denne bakgrunn en endring av rammeavtalen.
- (61) Det neste spørsmålet er om endringen kan betraktes som lovlig etter noen av bestemmelsene i forskriften § 28-1.
- (62) Klagenemnda bemerker for det første at formuleringen i konkurransegrunnlaget nevnt i avsnitt 56, ikke oppfyller de krav til utforming som følger av forskriften § 19-1 (2) om at «det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår». Endringen i leveringstidspunkt kan dermed ikke anses lovlig ut fra et synspunkt om at den er hjemlet i en endringsklausul, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav a.
- (63) Innklagede har anført at forskyvningene skyldes innklagedes og Kystvaktens deltakelse i en statlig aksjon mot akutt forurensning som følge av forliset av fregatten KNM Helge Ingstad.
- (64) Etter § 28-1 (1) bokstav d kan oppdragsgiver gjøre «endringer som er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse». Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret, og prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelig kontraktsverdien.
- (65) Bestemmelsen er en gjennomføring av direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav c i norsk rett. Slik klagenemnda leser ordlyden, må behovet for endring være en direkte følge av en

omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Det oppstilles dermed et krav om årsakssammenheng mellom den uforutsette omstendigheten og behovet for endring. Videre må oppdragsgiver ha opptrådt tilstrekkelig aktsomt.

- (66) Innklagede har forklart at hovedårsaken til forskyvningen av leveringstidspunktene var at innklagede, sammen med blant annet Kystvakten, deltok i en statlig aksjon mot akutt forurensning etter forliset av KNM Helge Ingstad. Klagenemnda er enig med innklagede i at denne aksjonen var en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse.
- (67) Det kan ikke utelukkes at aksjonen er en medvirkende årsak til at de opprinnelige leveringstidene for både hovedsystemene og de skipsmonterte sensorene ikke ble overholdt. Dette fremstår nærliggende for leveringen av det første og andre hovedsystemet, hvor forskyvningen av leveringstiden var omtrent 2 og 4 uker.
- (68) Klagenemnda kan imidlertid vanskelig se hvordan deltakelse i denne aksjonen er hovedårsaken til at leveringstidspunktene ble forskjøvet i den grad de faktisk ble. Klagenemnda viser til at det er tale om forskyvninger i opp mot 50 uker. Slik klagenemnda ser det har ikke innklagede sannsynliggjort at arbeid knyttet til aksjonen er årsaken til at forskyvningen har fått et så stort omfang. For øvrig påpeker klagenemnda at denne forklaringen også står i kontrast til det innklagede har forklart tidligere for klagenemnda. Hva gjelder de skipsmonterte sensorene har innklagede tidligere forklart at levering og montering av de skipsmonterte sensorene var avhengig av en konfigurasjonskoordinering med Forsvarets Materiellavdeling. Slik avklaring forelå 27. april 2019, og installasjon av sensorene ble planlagt gjennomført i forbindelse med Kystvaktens planlagte verkstedopphold. For klagenemnda fremstår det som at forskyvningene av leveringstidspunktene for de skipsmonterte sensorene, først og fremst skyldes dette forholdet.
- (69) Innklagedes og Kystvaktens deltakelse i aksjonen gir ikke grunnlag for å betrakte endringen som lovlig, jf. § 28-1 bokstav d.
- (70) Slik klagenemnda ser det, er heller ingen av alternativene i § 28-1 bokstav b til e aktuelle.
- (71) Ut over dette kan oppdragsgiver bare gjøre endringer som ikke er «vesentlige», jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav f, jf. også forskriften § 26-1 (5) som angir at oppdragsgiver – ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale – «ikke [kan] foreta vesentlige endringer i kontraktsvilkårene i rammeavtalen».
- (72) Etter forskriften § 28-2, skal en endring som nevnt alltid anses vesentlig dersom den
- «a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør [...]».*
- (73) Opplysninger om leveringstidspunkt i konkurransegrunnlaget har betydning for leverandørenes vurdering av om de skal delta i konkurransen, samt for utformingen av tilbudene. I denne saken er leveringstidspunktet for hovedsystemene forskjøvet med 4 til 37 uker, og 14 til 50 uker for de skipsmonterte sensorene. Til sammenligning viser klagenemnda til sak 2017/100, hvor nemnda konstaterte at en utsettelse på 15 uker av den angitte fristen for ferdigstillelse av oppdraget, var i strid med de grunnleggende kravene

til loven § 4. Klagenemnda uttalte i den saken at *«endringen, dersom den hadde vært kjent på forhånd, kunne gitt andre leverandører mulighet til å delta, og mulighet for at kontrakten ble tildelt en annen leverandør»*. Tilsvarende vurderinger gjør seg etter klagenemndas oppfatning gjeldende også i denne saken.

- (74) Klagenemnda ser det videre slik at det er forskjell på å måtte levere samtlige hovedsystem til samme tidspunkt, sammenlignet med å kunne levere hovedsystemene enkeltvis, slik det har blitt gjort her. Å måtte levere fire hovedsystem samtidig innebærer en større økonomisk belastning for leverandøren, sammenlignet med en situasjon hvor kostnader med utvikling og produksjon kan fordeles utover et større tidsrom. Det må kunne legges til grunn at opplysninger om leveringsmåte også vil kunne ha betydning for leverandørers vurdering av om de skal delta i konkurransen.
- (75) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede ved å endre leveringstidspunktene har introdusert betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, *«ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør»*, jf. forskriften § 28-2 bokstav a. Endringen må av denne grunn anses vesentlig. Innklagedes avropsavtale utgjør under disse omstendighetene en ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (76) 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»*.
- (77) 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.
- (78) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Læren om vesentlige endringer befinner seg i kjernen av dette regelverket. Klagenemnda finner det ikke tvilsomt at endringene av leveringstidspunkter representerer en vesentlig endring av rammeavtalen, og at det derfor skulle ha vært kunngjort en ny konkurranse om anskaffelsen.
- (79) Årsaken til forskyvningen synes for klagenemnda å være flere forhold, herunder både deltakelse i en statlig aksjon mot forurensning, manglende tilgang til Kystvaktens fartøy og personell på grunn av Kystvaktens seilingsplan og krav til overholdelse av denne, samt at anskaffelsen har vist seg å være utfordrende for innklagede å administrere på grunn av dens kompleksitet og at flere ulike offentlige etater har deltatt. Klagenemnda påpeker at det generelle utgangspunktet er at oppdragsgiver må ta høyde for usikkerhet og kompleksitet ved valget av prosedyre og utformingen av anskaffelsesdokumentene, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-549/14 Finn Frogne og klagenemndas avgjørelse i sakene 2018/7, avsnitt 58-59 og 2017/127, avsnitt 43. Klagenemnda mener derfor at innklagede hadde gode forutsetninger for å ta høyde for anskaffelsens kompleksitet, dens administrative utfordringer samt Kystvaktens krav til overholdelse av seilingsplanen ved utformingen av konkurransegrunnlaget.

- (80) Klagenemnda finner det imidlertid klart at innklagede ikke har hatt til hensikt å omgå regelverket. Det vises til at anskaffelsen var kunngjort, og at innklagede mottok fire tilbud. Anskaffelsen har dermed vært gjenstand for konkurranse.
- (81) Klagenemnda finner samlet sett at innklagedes opptreden må karakteriseres som uaktsom, og at så vel som bruddets grovhet, innklagedes profesjonalitet, størrelsen på anskaffelsen og preventive hensyn tilsier at det er riktig å reagere med et overtredelsesgebyr, jf. loven § 12 første ledd annet punktum, jf. tredje ledd.
- (82) Klagenemnda varslar på denne bakgrunn ileggelse av et overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første setning.

Gebyrets størrelse

- (83) 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.
- (84) Nemndspraksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det ikke finnes særlige formildende eller skjerpene omstendigheter, se senest klagenemndas avgjørelse i sak 2019/102, avsnitt 41.
- (85) Klagenemnda viser til at valgte leverandør etter det opplyste var klar til å levere samtlige hovedsystem allerede i desember 2018. At systemene ikke ble levert på dette tidspunktet, skyldes som nevnt forhold på innklagedes side. Klagenemnda anser det imidlertid som en formildende omstendighet at konkurransen opprinnelig var kunngjort i tråd med regelverket, og at det som nevnt har vært konkurranse om kontrakten, samt at innklagedes deltakelse i en statlig aksjon mot akutt forurensning synes å ha påvirket innklagedes evne til å etterleve rammeavtalen noe.
- (86) Avropsavtalen har en samlet verdi på 9 019 364 kroner, ekskl. mva. Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 451 000 kroner. Dette utgjør ca. 5 prosent av anskaffelsens verdi.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Kystverket ilegges et overtredelsesgebyr på 451 000 kroner.

- firehundreogfemtientusen - kroner.

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

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjettede ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk