



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Trondheim kommune gjennomførte i 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om leasing, administrasjon og forsikring av kjøretøy. Det var ikke benyttet CPV-koder for motorkjøretøy eller maskiner i kunngjøringen. Den 21. august 2019 gjorde innklagede avrop på tre isbanemaskiner. Klagenemnda fant at ikke bare avropet, men også øvrige leasingavtaler inngått i medhold av rammeavtalen utgjorde ulovlige direkte anskaffelser. Ettersom klagen konkret gjaldt avropet på isbanemaskiner, begrenset klagenemnda imidlertid gebyrgrunnlaget til å utgjøre verdien av dette avropet. Innklagede ble ilagt et gebyr på ti prosent av avropets verdi.

Klagenemndas gebyrvedtak 12. oktober 2020 i sak 2019/697

- Klager:** Isbaneteknikk AS
- Innklaget:** Trondheim kommune
- Klagenemndas medlemmer:** Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus
- Saken gjelder:** Overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse

Innledning:

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Trondheim kommunes (heretter *innklagede*) leasing av isbanemaskiner. Isbaneteknikk AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 11. desember 2019.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 210 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av isbanemaskiner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov av 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Bakgrunn:

- (3) Innklagede kunngjorde 23. oktober 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om leasing, administrasjon og forsikring av kjøretøy. Anskaffelsen ble kunngjort på vegne av innklagede selv, i tillegg til Trondheim parkering KF, Stavne Arbeid og Kompetanse KF, Baklandet Menighets Omsorgsenter, Kystad helse og velferdssenter og Trondhjems Hospital. Anskaffelsens verdi ble estimert til 190 millioner kroner ekskl. mva. Rammeavtalen skulle ha en varighet på 2 år, med mulighet for forlengelse i inntil 1 + 1 år. Tilbudsfrist var 27. november 2017.
- (4) I kunngjøringen ga innklagede en kort beskrivelse av anskaffelsen:

«Oppdragsgiver har behov for operasjonell leasing av kjøretøy, administrasjon av leasede og eide kjøretøy og forsikring.

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

Opsjon på operasjonell leasing av maskiner for kommunal virksomhet, dersom dette er tilbudt av Leverandøren.

Pr. september 2017 har leaser Oppdragsgiver 589 kjøretøy og har administrasjon på ytterligere 54 kjøretøy, samt 10 drivstoffort til aggregater og lignende. Det er forsikring på 956 kjøretøy/objekt».

(5) I kunngjøringen var anskaffelsen merket med hoved-CPV-kode 66516100 («Ansvarsforsikring for motorkjøretøyer») og følgende tilleggs-CPV-koder:

- 66514110 - Motorkjøretøysforsikring
- 50111100 - Forvaltning av vognpark
- 66114000 - Finansiell leasingtjenester
- 50110000 - Reparasjon og vedlikeholdstjenester på motorkjøretøyer og tilhørende utstyr
- 50111000 - Forvaltning av bilpark, reparasjon og vedlikeholdstjenester
- 50112000 - Reparasjon og vedlikeholdstjenester av biler
- 50113000 - Reparasjon og vedlikehold av busser
- 50114000 - Reparasjon og vedlikehold av lastebiler
- 50117000 - Ombygging og istandsettelse av kjøretøyer
- 50117100 - Ombygging av motorkjøretøyer
- 50117200 - Ombygging av ambulanser
- 50117300 - Istandsettelse av kjøretøyer

(6) Det var også gitt en beskrivelse av opsjonen på «leasing av maskiner for kommunal virksomhet, jf. konkurransegrunnlaget vedlegg 1 Kravspesifikasjon og tildelingskriterier».

(7) I det aktuelle vedlegget til konkurransegrunnlaget («Kravspesifikasjon og tildelingskriterier») var opsjonen omtalt på flere steder. Det fremgikk av punkt 2 («Minimumskrav») at «[o]ppdragsgiver har behov for operasjonell leasing av kjøretøy og administrasjon og forsikring av leasede og eide kjøretøy. Dette inkluderer også at [o]ppdragsgiver har opsjon på operasjonell leasing av maskiner for kommunal virksomhet, dersom dette er tilbudt av [l]everandøren».

(8) Følgende fremgikk av punkt 2.1 om innklagedes behov ved anskaffelsen:

«Oppdragsgivers behov er basert på antall leasede kjøretøy og sammensetning av den aktuelle bilparken pr september 2017, og består av seks "bilgrupper" og ca. 589 biler:

- Gruppe 1 – Personbil – 329 stk
- Gruppe 2 – Varebil – 203 stk
- Gruppe 3 – Lett lastebil/minibuss (under 7,5 tonn) – 2 stk
- Gruppe 4 – Lastebil over 7,5 tonn – 35 stk

- Gruppe 5 – Traktorer, hjullastere, gravemaskiner og lastbærere – 18 stk
- Opsjon: Gruppe 6 – Maskiner for kommunal virksomhet (løypemaskin, snøscooter, spesialmaskiner m.m.) – 2 stk

[...]»

- (9) Innklagede mottok 3 tilbud innen utløpet av tildelingsfristen, herunder fra Leaseplan Norge AS. Samtlige leverandører tilbydde leasing av maskiner i gruppe 6 – Maskiner for kommunal virksomhet. I løpet av januar 2018 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt Leaseplan Norge AS (heretter *valgte leverandør*).
- (10) Innklagede kunngjorde kontraktsinngåelsen med valgte leverandør 18. april 2018.
- (11) Den 14. mai 2019 sendte innklagede valgte leverandør en behovsspesifikasjon hvor det fremgikk at innklagede ønsket å skaffe fire nye isbanemaskiner. Innklagede hadde foreslått aktuelle leverandører, herunder Isbaneteknikk AS (heretter *klager*), Vibe Service AS og Ice Concept.
- (12) Den 15. juli 2019 endret innklagede behovet fra fire til tre isbanemaskiner.
- (13) Innklagede bestilte levering av tre isbanemaskiner via valgte leverandør fra leverandøren Vibe Service AS 21. august 2019.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 11. desember 2019.
- (15) I anledning saksforberedelsene for klagenemnda, har innklagede opplyst at opsjonen på forlengelse av rammeavtalen er utløst, og at avtalen i medhold av dette er forlenget til 28. februar 2021. Det ble videre opplyst at man per 12. august 2020 hadde omsatt for omtrent 145 millioner kroner siden avtaleinngåelsen. Innklagede har også inngått leasingavtaler på ytterligere fire kjøretøy som innklagede har vurdert som kjøretøy tilhørende gruppe 6 – maskiner for kommunal virksomhet. Innklagede la ved følgende oversikt over avropene for denne kjøretøysgruppen:

Reg.Nr.	Modell	Full modellbeskrivelse	Startdato	Leasingperiode (mnd)	Pris* pr. mnd. (kr. Eks. mva)
	Engo	270 LX Elettra Ismaskin	18.02.2020	60	13.142
	Engo	270 LX Elettra Ismaskin	18.02.2020	60	12.888
	Engo	270 LX Elettra Ismaskin	05.11.2019	60	9.467
VJ13179	Canalmaster	F 140 ETHC	28.08.2019	84	56.100
VJ17493	Canalmaster	F 140 ETHC	14.10.2019	84	56.511
VJ17834	Vacummaster	F 140 KHT HC	22.01.2020	84	56.244
VJ19096	Vacummaster	F 140 KHT HC	20.03.2020	84	64.414

- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. august 2020.
- (17) Klagenemnda sendte 11. september 2020 varsel om ileggelse av et gebyr på ti prosent av anskaffelsens verdi.
- (18) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 2. oktober 2020.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, ved ikke å kunngjøre bestilling på leasing av isbanemaskiner. Rammeavtalen som innklagede inngikk med valgte leverandør, omfatter ikke leasing av isbanemaskiner. Innklagede benyttet ikke CPV-koden for maskiner til isvedlikehold. Opsjonen som innklagede viser til som hjemmel for avropet, er for generelt utformet, og ikke tilstrekkelig spesifisert.

Innklagedes anførsler:

- (20) Det bestrides at leasing av isbanemaskiner ikke inngår i rammeavtalen. Den aktuelle opsjonen gir innklagede en rett til å lease isbanemaskiner gjennom rammeavtalen.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å bestille leasing av 3 isbanemaskiner på rammeavtalen med valgte leverandør.
- (22) 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 inkluderer tilfeller hvor oppdragsgiver ikke kunngjør alle hoveddelene av en anskaffelse, jf. Rt. 2008 s. 982 *Catch Communications*.
- (23) Oppdragsgivers kunngjøringsplikt fremgår av forskriften § 21-2 (1). Etter denne bestemmelsen skal oppdragsgiver kunngjøre konkurransen ved en alminnelig kunngjøring når oppdragsgiver skal inngå en kontrakt ved en åpen anbudskonkurranse. Bestemmelsen er en gjennomføring av direktiv 2014/24/EU artikkel 49, hvor det fremgår at kunngjøringen skal inneholde informasjon som fastsatt i Annex V del C til direktivet. Av dette vedlegget følger det at kunngjøringen skal inneholde CPV-koder. Hensikten med CPV-kodene er å sikre at potensielle leverandører gis tilstrekkelig anledning til å konkurrere om aktuelle kontrakter, og oppdragsgiver skal derfor velge den eller de kodene som best svarer til den ytelsen som anskaffelsen omfatter. Som allerede nevnt i avsnitt 22 over, kan ikke oppdragsgiver velge CPV-koder som bare omfatter deler av oppdraget, jf. Rt. 2008 s. 982 *Catch Communications*.
- (24) I vår sak har innklagede benyttet CPV-koder for finansielle tjenester – som er på 66000000-tallet – og CPV-koder for reparasjon og ombygging, som er på 50100000-tallet. Disse CPV-kodene er – så vidt klagenemnda kan se – dekkende for de *tjenestene* som innklagede skal kjøpe. Anskaffelsen omfatter imidlertid også leasing av kjøretøy, som er en vareanskaffelse. Klagenemnda viser i denne sammenheng til forskriften § 4-1 bokstav b, hvor det er tydelig angitt at en avtale om leasing er en varekontrakt i regelverkets forstand.

- (25) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, er hovedformålet med anskaffelsen å sørge for at innklagede har kjøretøy og maskiner innenfor de ulike gruppene. Innklagede har derimot overhodet ikke inkludert CPV-koder for motorkjøretøy og maskiner – hvor førstnevnte begynner på 3410000-tallet– selv om det er dette anskaffelsen i hovedsak gjelder. Det var dermed ikke tilstrekkelig tilkjennegett for det aktuelle leverandørmarkedet at anskaffelsen omfattet leasing av kjøretøy. En slik manglende angivelse av CPV-koder for det som utgjør det vesentlige omfanget av anskaffelsen, må likestilles med at innklagede ikke har kunngjort hovedanskaffelsen, jf. Rt. 2008 s. 982 og klagenemndas avgjørelse i sak 2013/27.
- (26) Innklagede har, som følge av den manglende angivelsen av CPV-koder for motorkjøretøy, foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. § 21-2 (1). Manglende angivelse av de nevnte CPV-kodene fører til at ikke bare anskaffelsen av isbanemaskinene, men også øvrige leasingavtaler inngått i medhold av rammeavtalen, er ulovlige direkte anskaffelser.

Hvorvidt det skal ilegges gebyr

- (27) 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».
- (28) 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.
- (29) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Bruk av CPV-koder som dekker hoveddelene ved anskaffelsen i kunngjøringen, ligger helt i kjernen av dette, og har til hensikt å informere leverandørmarkeder om aktuelle kontrakter. Det fremgår klart av forskriften § 4-1 bokstav b at leasing av biler og kjøretøy er en vareanskaffelse, og klagenemnda finner det ikke tvilsomt at innklagede i denne saken skulle benyttet CPV-koder for motorkjøretøy.
- (30) Klagenemnda finner det imidlertid klart at innklagede ikke har hatt til hensikt å omgå regelverket. Det vises til at anskaffelsen har vært kunngjort, og at innklagede for gruppe 1 og 2 – som i antall utgjør størsteparten av omfanget av leasingavtaler – har utarbeidet en kravspesifikasjon for ulike typer biler. For disse gruppene har leverandørene konkurrert på kostnaden av det som skal leveres.
- (31) Klagenemnda finner samlet sett at innklagedes opptreden må karakteriseres som grovt uaktsomt. Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

Gebyrets størrelse

- (32) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76.
- (33) Klagenemnda har ovenfor konkludert med at hele rammeavtalen er en ulovlig direkte anskaffelse. Basert på opplysningene i saken så langt, legger nemnda til grunn at innklagede har gjort avrop for 145 476 717 kroner ekskl. mva. Klagen gjelder konkret avropet på ismaskinene. Dette avropet har etter det opplyste en verdi på 2 129 820 kroner. Etter en konkret vurdering etter klagenemndsforordningen §13a fjerde ledd, har klagenemnda kommet til at saken ikke utvides til å omfatte hele rammeavtalen. Det ilegges dermed bare gebyr for avropet som klager har klaget inn for klagenemnda.
- (34) 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.
- (35) En gjennomgang av 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.
- (36) Klagenemnda viser i denne saken til at regelverket er helt tydelig på at leasing er en vareanskaffelse, jf. forskriften § 4-1 bokstav b. Det er altså ikke tvil om at innklagede skulle ha benyttet CPV-koder som gjenspeiler dette. Det foreligger dermed en klar overtredelse. Som nevnt ovenfor, er det samtidig ingenting som indikerer at innklagede, ved ikke å kunngjøre anskaffelsen med de korrekte CPV-kodene, har hatt til hensikt å omgå regelverket.
- (37) Med dette som bakgrunn finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på ti prosent av avropets verdi på 2 129 820 kroner, avrundet til 210 000 kroner.

Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

Trondheim kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 210 000 kroner.

- tohundreogtitusen - kroner.

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

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

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjette 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,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk