



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Beregning av anskaffelsens verdi. De grunnleggende prinsippene i loven § 4

Innklagede inviterte tre leverandører til å levere tilbud på en avtale om kontroll av sprinkler- og vanntåkeanlegg. Klagers anførsler ga ikke grunnlag for å konstatere at innklagede ikke hadde foretatt en forsvarlig vurdering av at anskaffelsens verdi var under terskelverdi for kunngjøring. Innklagede hadde brutt kravet til konkurranse i lovens § 4 ved ikke å sørge for tilstrekkelig konkurranse.

Klagenemndas avgjørelse 16. november 2020 i sak 2020/202

Klager: Slokkesystemer AS

Innklaget: Kristiansand kommune/ Birkenes kommune/ Vennesla kommune

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Karin Fløistad og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

(1) Kristiansand kommune, Birkenes kommune og Vennesla kommune (heretter *de innklagede*) sendte 8. april 2019 en forespørsel til tre leverandører om tilbud på avtale om kontroll av sprinkler- og vanntåkeanlegg i oppdragsgivers bygningsmasse. Avtalen skulle ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i ett år. Tilbudsfrist ble satt til 3. mai 2019.

(2) I tilbudsinvitasjonen punkt 1.2 var anskaffelsen beskrevet som følgende:

«Forespørselen gjelder etablering av ny rammeavtale for kontroll av sprinkler- og vanntåkeanlegg i oppdragsgivers bygningsmasse. Antall bygg vil kunne variere noe i avtaleperioden, dels ved at nye bygg kan komme til, og dels ved at bygg avhendes.

Oppdraget gjelder kun kontroll av anleggene, ikke service eller reparasjoner.

Valgt leverandør utarbeider fremdriftsplan for kontrollarbeidet i samråd med oppdragsgiver.»

(3) Av punkt 1.6 «Anskaffelsesprosedyre» fremgikk det at anskaffelsen ble gjennomført som en åpen tilbudskonkurranse etter forskriften del I og at «[d]ette er ikke en anbudskonkurranse, men en forespørsel som sendes direkte til utvalgte leverandører som inviteres til å gi et foreløpig tilbud, basert på den informasjon som fremgår av vedlagte oversikt over aktuelle bygg og kontrollpunkter (Vedlegg 3).»

- (4) Av de tre leverandørene som ble invitert til å delta i konkurransen, var det kun Agder Sprinkler AS som leverte tilbud innen utløpet av tilbudsfristen. Kontrakt med Agder Sprinkler AS (heretter *valgte leverandør*) ble inngått 29. oktober 2019.
- (5) Slokkesystemer AS (heretter *klager*) hadde siden 10. oktober 2014, hatt en rammeavtale med Knutepunkt Sørlandet-Innkjøp (Kristiansand kommune, Vennesla kommune og Songdalen kommune) for levering av kontroll av sprinkler- og vanntåkeanlegg. Klager sendte en e-post til innklagede 3. desember 2019 med spørsmål om denne rammeavtalen skulle forlenges etter sitt opphør 31. desember 2019.
- (6) Denne e-posten ble besvart av de innklagede samme dag:
- «I forbindelse med at dagens avtaler opphører ble det i høst gjennomført en tilbuds konkurranse i hht forskriftens del I. I forbindelse med denne konkurransen ble tre leverandører invitert til å gi tilbud. Slokkesystemer var ikke blant disse.»*
- (7) Klager rettet en henvendelse til innklagede 3. desember 2019, og ba om å få oversendt *«alt underlaget og innsendt tilbud med anskaffelsesprotokoll»*.
- (8) Innklagede oversendte deretter en rekke dokumenter, herunder blant annet et notat om valg av prosedyre. Fra notatet gjengis følgende:
- «Forrige konkurranse ble gjennomført høsten 2014 og avtalen gjaldt til oktober 2018.*
- I 2014 deltok Songdalen, Vennesla og Kristiansand i konkurransen. Gjennomført som en nasjonal konkurranse (del II). Det kom inn to tilbud på hhv. Kr 120.000 og kr 145.000 pr år. Ny konkurranse ble forberedt i mars 2019. Deltakere Søgne, Songdalen, Kristiansand, samt Vennesla og Birkenes, samt Boligselskapet.*
- Økt deltakelse tilsa økt pris, og den høyeste tilbudsprisen fra siste anbudsrunde ble derfor doblet, og avrundet til kr 300.000 pr år. Det ble derfor vurdert at en tilbudsinvitasjon til tre (del I) var tilstrekkelig. Det var etter dette en margin på hele kr 400.000,- i forhold til regelverkets del II.*
- For å skape ytterligere sikkerhetsmargin i forhold til terskel 1,3 MNOK, ble konkurransen kun utlyst for 2 + 1 år, totalt 3 år, som skulle tilsi en samlet pris på 0,9 MNOK for tre år.*
- Tre tilbydere ble invitert. Det var ønskelig fra brukerutvalget å få nye leverandører «på banen» og to nye ble dermed invitert, samt den som var dyrest i 2014.»*
- (9) Vedlagt fulgte også tilbudet fra valgte leverandør, hvor totalpris og pris per time for konsultasjon var sladdet. I e-post korrespondanse med klager av 6. januar 2020, opplyste de innklagede *«at antatt tilbud, med god margin, lå over EØS-terskelverdien. Det er likevel vår vurdering at den vurdering som ble gjort i forkant med hensyn til anskaffelsens estimerte verdi, var forsvarlig.»*
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 19. februar 2020.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved å inngå kontrakt uten forutgående kunngjøring i tråd med forskriften del II eller III. Verdiberegningen som ble gjort av innklagede i forkant av anskaffelsen var ikke forsvarlig, jf. forskriften § 5-4 andre ledd, jf. femte ledd. Det eneste tilbudet som kom inn lå langt over terskelverdi.
- (13) Innklagede har bevisst valgt å holde klager utenfor prosessen mot ny rammeavtale ved ikke å forespørre klager, og ved å føre forhandlinger med andre leverandører før rammeavtalens utløp. En slik eksklusjon er i strid med prinsippene i anskaffelsesloven § 4 om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnhet.
- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte godkjenning i tiltaksklasse 3 som utvelgelseskriterium for hvilke leverandører som ble invitert til å levere tilbud i konkurransen, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2005/60 og 2018/500.
- (15) Klagenemnda bes om å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Valget av prosedyre ble foretatt på bakgrunn av en verdivurdering som baserte seg på erfaringstall fra tidligere sammenlignbare oppdrag, med enkelte oppjusteringer. Avtalens anslåtte verdi var 900 000 kroner ekskl. mva. for hele avtaleperioden, inkludert opsjonsåret, og lå derfor med god margin under beløpsgrensen for kunngjøring i anskaffelsesforordningen. Verdivurderingen som ble foretatt forut for anskaffelsen, var forsvarlig, jf. forskriften § 5-4 andre ledd.
- (17) For det tilfellet at klagenemnda kommer til at inngåelsen av rammeavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, må ønsket om å legge til rette for konkurranse tillegges vesentlig betydning i vurderingen av skyldkravet og eventuelt i vurderingen av om det er riktig av klagenemnda å ilegge gebyr, samt i utmålingen av gebyrets størrelse, jf. anskaffelsesloven § 12 andre ledd.
- (18) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å se hen til hvilke leverandører som hadde sentral godkjenning i tiltaksklasse 3 ved utvelgelsen av deltakere til konkurransen. Klagenemndas avgjørelse i sak 2005/60 gjelder en kunngjøringspliktig konkurranse etter tidligere regelverk, og sak 2018/500 gjelder en del II-anskaffelse. Oppdragsgivere er gitt større fleksibilitet ved kvalifisering og utvelgelse av leverandører ved anskaffelser som gjennomføres etter forskriften del I.
- (19) Det er ikke grunnlag for å tilkjenne klager erstatning. Klager deltok ikke i konkurransen, og ville heller ikke ha vært kvalifisert for deltakelse i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av rammeavtale om kontroll med vanntåke- og sprinkleranlegg. 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 19. februar 2020. Kontrakt ble inngått 29. oktober 2019. Klagen er derfor rettidig fremsatt.

Ulovlig direkte anskaffelse - beregning av anskaffelsens verdi

- (21) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå rammeavtale om kontroll av vanntåke- og sprinkleranlegg uten forutgående kunngjøring i tråd med forskriften del II eller III. Det vises til at innklagedes vurdering av anskaffelsens verdi ikke var forsvarlig, jf. forskriften § 5-4 andre ledd.
- (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).
- (23) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva, jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 andre ledd og 8-17 første ledd. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. På det tidspunktet rammeavtalen ble inngått, var EØS-terskelverdien på 2 millioner kroner ekskl. mva.
- (24) Det er ubestridt at vederlaget i avtalen som ble inngått mellom de innklagede og valgte leverandør er høyere enn 1,3 millioner kroner. Innklagede har også forklart at vederlaget vil overstige EØS-terskelverdien hvis opsjonsåret utløses. Innklagede har vist til at anskaffelsens samlede verdi i forkant av anskaffelsen ble anslått å være 900 000 kroner ekskl. mva. for hele avtaleperioden, inkludert opsjonsåret. I henhold til dette anslaget var verdien lavere enn beløpsgrensen for kunngjøring.
- (25) Klager hevder at denne vurderingen ikke er holdbar, og viser til at tilbudet som kom inn oversteg terskelverdien for kunngjøringsplikt, samt at innklagede så bort fra hva som har blitt fakturert under tidligere rammeavtaler med klager.
- (26) Det følger av forskriften § 5-4 første ledd at oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over «*den samlede betalingen ekskl. mva., inkludert enhver form for opsjon*» som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene. Ved rammeavtaler skal oppdragsgiver «*legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som han forventer å inngå i løpet av avtalens [...] varighet*», jf. femte ledd.
- (27) Det fremgår av forskriften § 5-4 andre ledd, at beregningen skal være «*forsvarlig*» på det tidspunktet oppdragsgiveren innleder anskaffelsesprosessen. I dette ligger at oppdragsgiver plikter å foreta en grundig og solid verdiberegning, som er lojal mot anskaffelsesregelverket og basert på et forsvarlig grunnlag, se klagenemndas avgjørelse i sak 2019/200, avsnitt 26 og 27, med videre henvisning til Hålogaland lagmannsretts avgjørelse i LH-2018-99424. Det er innklagede som må dokumentere at det er foretatt en forsvarlig vurdering, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2014/101, avsnitt 42, med videre henvisninger.
- (28) Innklagede har fremlagt en verddivurdering som ble foretatt i forbindelse med valg av anbudsprosedyre, som er gjengitt i avsnitt 8 over. Her er det oppgitt at vurderingen av rammeavtalens verdi ble gjort på bakgrunn av konkurransen om kontroll av vanntåke- og sprinkleranlegg som ble gjennomført i 2014, hvor det kom inn to tilbud på henholdsvis 120 000 kroner og 145 000 kroner per år. I denne konkurransen deltok Songdalen

kommune, Vennesla kommune og Kristiansand kommune. Det var i tillegg gjort justeringer i verdivurderingen som følge av en utvidelse av rammeavtalens geografiske omfang (Kristiansand kommune ble slått sammen med Songdalen og Søgne kommune, i tillegg skulle Birkenes kommune og Boligselskapet delta). Den høyeste tilbudsprisen fra siste anbudsrunde ble derfor doblet, og avrundet til 300 000 kroner per år. Beregningen ga innklagede et anslag på 900 000 kroner - altså 400 000 kroner under nasjonal terskelverdi.

- (29) Klager har fremholdt at innklagede burde sett hen til hva som har blitt fakturert under tidligere rammeavtaler med klager, og har i den forbindelse fremlagt en oversikt over beløp som ble fakturert under den forrige rammeavtalen fra 2014, samt avtaler med Birkenes kommune og Søgne kommune om lignende leveranser.
- (30) Til dette har innklagede forklart at beløpene i den fremlagte oversikten ikke er sammenlignbare, da klager i perioden også leverte og fakturerte for service og vedlikehold. Service og vedlikehold/reparasjoner inngikk ikke i den nye rammeavtalen, som iht. tilbudsinvitasjonen punkt 1.2 var begrenset til «*kontroll av anleggene*». Innklagede har videre forklart at for å finne frem til hvor mye som ble fakturert for kontroll alene, måtte innklagede ha gjennomgått ca. 100 faktura fra seks ulike regnskap, og trekke frem de delene av fakturaene som knyttet seg til kontroll alene. Siden det ikke ble fakturert særskilt for kontroll, måtte denne informasjonen i så fall ha blitt hentet ut ved en konkret vurdering av hver enkelt faktura. Ettersom tilbudstallene på kontroll fra konkurransen i 2014 ga klare holdepunkter for at verdien var godt under beløpsgrensen for kunngjøring, fant innklagede ikke grunn til å foreta en slik analyse – en analyse som både ville vært tid- og ressurskrevende.
- (31) Det innkomne tilbudet i foreliggende sak, viste seg imidlertid å være betydelig høyere enn innklagedes estimat. I e-post til klager datert 6. januar 2020, opplyste innklagede «*at antatt tilbud, med god margin, lå over EØS-terskelverdien*». Innklagede har forklart at de ikke vet bakgrunnen for at rammeavtalens vederlag ble såpass mye høyere enn anslaget, og at det kan være mange grunner til at markedet ikke reagerer som forventet.
- (32) Selv om tilbudsprisen var vesentlig høyere enn estimatet, er det verdivurderingen i forkant av konkurransen som er avgjørende, jf. Hålogaland lagmannsretts avgjørelse i LH-2018-99424 med videre henvisning til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/44, avsnitt 29. I dette tilfellet hadde innklagede i forkant av anskaffelsen foretatt en vurdering av anskaffelsens verdi basert på erfaringstall, med enkelte oppjusteringer på grunn av utvidelse av geografisk omfang. Selv om en større prisstigning kunne tenkes, hadde innklagede en nokså god margin på ca. 400 000 kroner før anskaffelsen oversteg nasjonal terskelverdi. Klager har ikke påpekt klare feil ved den beregningen innklagede gjorde forut for anskaffelsen, utover å vise til at det innkomne tilbudet faktisk oversteg terskelverdien.
- (33) Til tross for at klagenemnda finner det bemerkelsesverdig at innklagede ikke kan forklare det store avviket mellom tilbudsprisen og anslaget, har nemnda ikke grunnlag for å fastslå at innklagedes verdivurdering i forkant av konkurransen var uforsvarlig. Innklagedes anslag legges derfor til grunn som anskaffelsens verdi, jf. forskriften §§ 5-4 første og andre ledd. Ettersom terskelverdien i forskriften § 5-1 andre ledd ikke er oversteget, foreligger det ikke brudd på kunngjøringsplikten.
- (34) Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører derfor ikke frem.

Det grunnleggende kravet til konkurranse i loven § 4

- (35) Klager anfører at innklagede har gjennomført anskaffelsen uten å sikre reell konkurranse, og dermed har brutt loven § 4. Nærmere bestemt vises det til at innklagede burde innhentet flere tilbud da det eneste tilbudet som kom inn lå langt over terskelverdien for kunngjøring.
- (36) For anførsler som ikke gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, gjelder kravet om saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd. Selv om klager ikke selv har deltatt i konkurransen, går klagers anførsel ut på at flere leverandører, inkludert klager, skulle blitt invitert til å inngi tilbud på rammeavtalen. Klager har i dette tilfellet saklig interesse i få vurdert lovligheten av innklagedes handlemåte.
- (37) Som nevnt, kom det kun inn ett tilbud på rammeavtalen som med god margin lå over terskelverdien for kunngjøringsplikt, og på over det dobbelte av det innklagede estimerte. Innklagede kan som nevnt ikke forklare hvorfor rammeavtalens vederlag ble såpass mye høyere enn anslaget, og viser kun til at det kan være mange grunner til at markedet ikke reagerer som forventet. Etter klagenemndas oppfatning, ga dette innklagede en klar oppfordring til å undersøke om tilbudsforespørselen ikke hadde truffet markedet som forutsatt. Slik klagenemnda ser det, burde innklagede i et tilfelle som det foreliggende forespurt flere leverandører og sørget for å innhente flere tilbud for å sikre reell konkurranse i tråd med anskaffelsesloven § 4. Etter nemndas oppfatning har innklagede med dette gått frem på en måte som er i strid med det grunnleggende prinsippet om konkurranse i loven § 4.
- (38) Bruddet på regelverket er av en slik karakter at det gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (39) Klager har også anført at innklagede har brutt kravet til konkurranse i loven § 4, ved å benytte godkjenning i tiltaksklasse 3 som utvelgelseskriterium. Konkret hvordan oppdragsgivere går frem for å velge hvilke leverandører de skal spørre, er ikke regulert i loven og forskriften del I. Når nemnda har konstatert at innklagede har brutt regelverket ved ikke å spørre flere leverandører, finner nemnda heller ikke grunn til å gå videre inn på dette.

Konklusjon:

Kristiansand kommune/ Birkenes kommune/ Vennesla kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Kristiansand kommune/ Birkenes kommune/ Vennesla kommune har brutt anskaffelsesloven § 4 ved ikke å sørge for tilstrekkelig konkurranse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk