



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Samferdselsdepartementet gjennomførte i 2018 en konkurranse for anskaffelse av distribusjon av lørdagsaviser i en periode på 14 måneder. I 2019 utløste innklagede en opsjon på forlengelse av kontrakten med ytterligere 12 måneder. Klager anførte at innklagede ved å forlenge avtalen hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fordi opsjonen ikke var nevnt i kunngjørings skjemaet da konkurransen opprinnelig ble kunngjort. Under henvisning til at kunngjøringsreglene etter forsyningsforskriften del III ikke pålegger oppdragsgiver å opplyse om opsjoner i kunngjørings skjemaet, fant nemnda at det måtte anses tilstrekkelig at informasjon om opsjonen fremkom av de øvrige konkurransedokumentene, som ble tilgjengeliggjort samtidig med kunngjøringen. Heller ikke klagers anførsel om at innklagede gjennom mangelfull kontraktsoppfølging hadde akseptert en vesentlig endring av kontrakten, førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 10.november 2020 i sak 2020/327

Klager: ABVei AS

Innklaget: Samferdselsdepartementet

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

(1) Samferdselsdepartementet (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. februar 2018 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av levering av lørdagsaviser til abonnenter uten avisdistribusjon, jf. postforskriften § 19 første ledd. I kunngjøringen punkt II.1.5 «*Estimert totalverdi*» ble anskaffelsens verdi oppgitt til 90 millioner kroner. I kunngjøringen punkt II.2.7 ble kontraktens varighet oppgitt til 14 måneder. Tilbudsfrist ble angitt til 4. mai 2018.

(2) I tilbudsinnbydelsens innledende avsnitt «*Innledning – Informasjon om anskaffelsen*» fremgikk følgende om avtalens varighet:

«Avtalens varighet vil være på en periode på 14 måneder regnet fra oppstartsdato.»

(3) Vedlagt konkurransedokumentene lå et avtaleutkast. I utkastets punkt 9.1, «*Varighet*», fremgikk følgende:

«Distributøren skal levere Tjenesten i henhold til Avtalen i en periode på 14 måneder regnet fra oppstartdato for leveringen av Tjenesten i henhold til denne Avtalen punkt 6.1. Departementet har ensidig opsjon på forlengelse av Avtalen i ytterligere 12 måneder. Dersom departementet ønsker å benytte opsjonen, skal Distributøren motta skriftlig varsel om dette senest 6 måneder før utløpet av den opprinnelige avtaleperioden.»

- (4) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra Sibella AS og Kvikkas AS (nå Easy2You Logistikk og Transport AS, heretter *valgte leverandør*). Sibella AS sitt tilbud ble avvist, og valgte leverandør ble innstilt som vinner av konkurransen.
- (5) Kontrakt ble inngått 15. august 2018 med oppstart 10. november samme år.
- (6) Ved brev av 27. juni 2019 informerte innklagede valgte leverandør om at de ønsket å forlenge avtalen med ytterligere 12 måneder. Valgte leverandør bekreftet forlengelsen i sitt svarbrev av 28. juni 2019.
- (7) Da dette ble kjent for ABVei AS (heretter *klager*), rettet klager en henvendelse til innklagede og gjorde gjeldende at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å utløse opsjonen, siden det ikke var opplyst om opsjonens varighet og verdi i kunngjøringseskjemaet.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. april 2020.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Prinsipielt anføres det at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å utløse opsjon om å forlenge kontrakten med valgte leverandør i 12 måneder, all den tid opsjonen ikke var nevnt i kunngjøringen. Innklagede har da i realiteten inngått en ny kontrakt som ikke ble kunngjort, eventuelt har innklagede endret kontrakten vesentlig sammenlignet med det som var kunngjort.
- (11) Subsidiært anføres det at innklagede gjennom mangelfull kontraktsoppfølging har akseptert en vesentlig endring av kontrakten. Innklagede har mottatt varsler om at valgte leverandør ikke sørget for at deres avisbud hadde lønns- og arbeidsvilkår i henhold til lov, forskrift og allmenngjorte tariffavtaler, uten å følge dette opp. Den vesentlige endringen av kontrakten utgjør på selvstendig grunnlag en ulovlig direkte anskaffelse.
- (12) I begge tilfeller bør overtredelsesgebyret settes til maksimal sats på 15 prosent.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede bestrider at forlengelsen av kontrakten med valgte leverandør utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Forsyningsforskriften del III oppstiller ingen plikt for oppdragsgiver til å opplyse om opsjoner i kunngjøringseskjemaet. Opsjonen fremgår uansett tydelig av konkurransedokumentene, som var tilgjengeliggjort via en direkte link i kunngjøringen. Det er følgelig ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke grunnlag for ileggelse av overtredelsesgebyr.
- (14) Innklagede bestrider at man har akseptert at valgte leverandørs avisbud har lønns- og arbeidsvilkår som ikke er i henhold til gjeldende regler. Innklagede har fulgt opp tips om forhold som ikke er lovmessige hos valgte leverandør, og involvert de instansene som har det relevante regelverket som sitt ansvarsområde. I 2018/2019 ble det også ført tilsyn med at valgte leverandørs arbeidstakere og arbeidstakere hos valgte leverandørs underleverandører, hadde lønns- og arbeidsvilkår som tilfredsstilte krav som følger av avtale, lov, forskrift og allmenngjorte tariffavtaler. Enkelte forhold var ikke

tilfredsstillende og ble tatt opp med selskapet. Samtlige forhold ble korrigert på tilfredsstillende vis, og saken ble avsluttet våren 2019. På denne bakgrunn fant ikke innklagede at det sommeren 2019 var grunnlag for å utrede de samme forholdene på nytt.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Kravet om saklig interesse i klagenemndsforordningen § 6 andre ledd gjelder ikke, jf. § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen 13a andre ledd. Konkurransen gjelder levering av lørdagsaviser til abonnenter uten avisdistribusjon, som er en særlig tjeneste etter forordning om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 (forsyningsforordningen) del III, jf. §§ 1-1 bokstav f, jf. 1-8 (1) bokstav a.

Ulovlig direkte anskaffelse – manglende kunngjøring av opsjon

- (16) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt, se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser § 12 i Prop. 51L (2015-2016).
- (17) I denne saken er anskaffelsen kunngjort, men kunngjøringen inneholdt ingen opplysninger om innklagedes rett til å forlenge avtalen med 12 måneder. Opplysningene i kunngjøringen om kontraktens estimerte varighet og verdi, inkluderte heller ikke varigheten og verdien av opsjonen.
- (18) Konkurransen følger forsyningsforordningen del III, hvor det i § 26-4 (2) stilles følgende minstekrav til innholdet i kunngjøringen:

«Kunngjøringen skal minst inneholde en beskrivelse av hva som skal anskaffes, og en frist for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen, å melde sin interesse eller mottak av tilbud.»

- (19) Av bestemmelsens første ledd følger det videre at oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen etter fremgangsmåten i § 17-1, hvor det fastslås at *«Oppdragsgiveren skal publisere alle kunngjøringer i Doffin i samsvar med skjemaer fastsatt av departementet.»*
- (20) Innklagede har benyttet kunngjørings skjemaet som gjelder for forsyningsforordningen del III, og har vist til at skjemaet ble korrekt utfyllt. Bakgrunnen for at opsjonen ikke er inntatt er at skjemaet ikke inneholder egne rubrikker for angivelse av opsjoner. Til sammenligning inneholder kunngjørings skjemaet som gjelder for forsyningsforordningen del II en rubrikk kalt *«informasjon om opsjoner»*, samt en rubrikk for angivelse av eventuelle opsjoners varighet. Når verken kunngjørings skjemaet eller bestemmelsen i forsyningsforordningen § 26-4 (2) inneholder krav om at opsjoner skal inntas i selve kunngjøringen, har innklagede lagt til grunn at det er tilstrekkelig at opplysninger om opsjonen følger av de øvrige konkurransedokumentene, som gjøres digitalt tilgjengelig for leverandørene samtidig med kunngjøringen.
- (21) Klager har på sin side vist til verdiberegningsregelen i forsyningsforordningen § 5-3 (1), og anført at innklagede i kunngjørings skjemaet uansett måtte oppgi et verdiestimat som inkluderte *«enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene.»* Klager hevder i denne forbindelse at deres selskap ville ha vurdert å delta i konkurransen dersom verdiestimatet og angivelsen av kontraktens varighet i kunngjøringen hadde omfattet opsjonen.

- (22) Klagenemnda bemerker at verdiberegningsregelen først og fremst har til formål å regulere hvilke regler i forsyningsforskriften som kommer til anvendelse. Når det er fastlagt hvilken del av forskriften som gjelder for anskaffelsen, må oppdragsgiver, for anskaffelser over terskelverdi, følge de kunngjøringsreglene som gjelder for den respektive delen av forskriften.
- (23) Kunngjøringsreglene for del III stiller som nevnt få krav til hva som skal inngå i selve kunngjøringen, og er således et uttrykk for den økte fleksibiliteten oppdragsgiver har ved anskaffelser av særlige tjenester i forsyningssektoren. For leverandørmarkedet medfører dette at det i større grad forutsettes at potensielle tilbydere må gjøre seg kjent med innholdet i konkurransedokumentene for å kunne ta stilling til om man ønsker å delta i konkurransen. Konkurranses grunnlaget med vedlegg ble gjort tilgjengelig samtidig med kunngjøringen, og kunne åpnes direkte via en lenke inntatt i kunngjørings skjemaet.
- (24) Opplysningen om opsjonen fremgikk i avtaleutkastet, som var et vedlegg til anskaffelsesdokumentene. Selv om opsjonen ikke fremgikk direkte av kunngjørings skjemaet, mener klagenemnda det ikke var mulig for tilbyderne å ta stilling til om det var aktuelt å delta i denne konkurransen uten å samtidig sette seg godt inn i alle anskaffelsesdokumentene. Konkurranses grunnlagets vedlegg inneholdt blant annet helt sentrale opplysninger som hvilke geografiske områder avisene skulle distribueres til. Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at opsjonen må anses kunngjort, og at klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse ikke har ført frem.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring i form av akseptert mislighold

- (25) Klager har videre anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å godta vesentlige endringer i avtalen med valgte leverandør. Klager anfører at innklagede har unnlatt å følge opp varsler om at valgte leverandørs ansatte har arbeidsforhold som ikke er i tråd med avtale, lov, forskrift og tariffavtaler, og med det må anses for å ha akseptert vesentlige endringer av kontrakten.
- (26) Etter forsyningsforskriften § 24-1 (1) bokstav f og § 24-2 første setning, har oppdragsgiver kun adgang til å gjøre «*endringer, uavhengig av verdi, som ikke er vesentlige*». Dersom endringen av kontrakten er så omfattende at den i realiteten representerer inngåelse av en ny kontrakt, vil det foreligge kunngjøringsplikt. Mangelfull håndhevelse av kontrakten kan etter omstendighetene anses som en vesentlig endring av kontrakten, se klagenemndas avgjørelse i sak 2015/27.
- (27) For at en leverandørs mislighold av kontrakt skal kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse, forutsetter det at oppdragsgivers oppfølging av kontrakten har vært mangelfull, og at dette må kunne likestilles med at kontrakten er vesentlig endret, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/344 avsnitt 34 følgende.
- (28) De konkrete forholdene klager har påpekt i denne saken, gjelder innklagedes oppfølging av tips om at valgte leverandør ikke overholdt krav til lønns- og arbeidsvilkår for avisbudene som ble benyttet etter avtalen. Klager har i den forbindelse vist til tips som ble sendt innklagede sommeren 2019, og som ifølge klager ikke ble fulgt opp. Så vidt nemnda forstår det, gjelder de aktuelle tipsene forhold fra en stund tilbake i tid.
- (29) Innklagede har forklart at tips om forhold hos valgte leverandør ble oversendt til de instansene som har det relevante regelverket som sitt ansvarsområde. Innklagede har også

redegjort for at det i 2018/2019 ble ført tilsyn med at valgte leverandørs arbeidstakere og arbeidstakere hos valgte leverandørs underleverandører, hadde lønns- og arbeidsvilkår som tilfredsstilte krav som følger av avtale, lov, forskrift og allmenngjorte tariffavtaler. Enkelte forhold var ikke tilfredsstillende og ble tatt opp med selskapet. Samtlige forhold ble korrigert på tilfredsstillende vis, og saken ble avsluttet våren 2019. På denne bakgrunn fant ikke innklagede grunnlag for å se på de samme forholdene på nytt i forbindelse med tipsene som ble sendt dem sommeren 2019.

- (30) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagedes oppfølging av kontrakten med valgte leverandør har vært mangelfull. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Konklusjon:

Samferdselsdepartementet har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk