



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse. Vedståelse.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for levering av kolonialvarer. Tilbudenes vedståelsesfrist ble forlenget flere ganger, blant annet grunnet en midlertidig forføyning. Klager anførte at innklagede, ved å inngå kontrakt med valgte leverandør etter utløp av vedståelsesfristen, hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel førte ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 14. januar 2022 i sak 2021/1046

**Klager:** Servicegrossisten Øst AS (tidligere Cater Drammen AS)

**Innklaget:** Stange kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik.

### Bakgrunn:

- (1) Stange kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. mai 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for levering av kolonialvarer til matproduksjon, storkjøkken og øvrige virksomheter i kommunene Stange, Hamar, Løten, Ringsaker og Elverum. I rammeavtalen inngikk også vedlikehold og utvikling av fagpersonellens kompetanse innenfor fagområdet, samt serviceytelser i forbindelse med vareområdet. Anskaffelsens verdi var estimert til 80 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var satt til 12. juni 2020. Oppstartdato var i kunngjøringen angitt til 3. august 2020. Avtalens varighet var angitt til to år, med opsjon på forlengelse i ett pluss ett år, totalt fire år.
- (2) I forkant av konkurransen saken gjelder, hadde innklagede den 5. juli 2019 kunngjort en anskaffelse om den samme rammeavtalen, med tilbudsfrist 29. august 2019. Denne konkurransen ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser som en prioritert sak den 20. desember 2019. I etterkant av avgjørelsen fra nemnda den 11. mars 2020, ble konkurransen avlyst. Innklagede kunngjorde så konkurransen denne saken gjelder.
- (3) Innen tilbudsfristen 12. juni 2020 mottok innklagede tilbud fra to leverandører: Servicegrossisten Øst AS (tidligere Cater Drammen AS, heretter *klager*) og ASKO Hedmark AS.
- (4) Vedståelsesfristen var i konkurransegrunnlaget angitt til tre måneder fra tilbudsfristen, den 12. september 2020. Den 8. september 2020 sendte innklagede en forespørsel til begge leverandørene om å utvide vedståelsesfristen til 12. desember 2020. Begge leverandørene godtok forlenget vedståelsesfrist ved melding i konkurransegjennomføringsverktøyet Mercell.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (5) Den 20. november 2020 sendte innklagede melding til klager om at deres tilbud var avvist på grunn av vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget. Ifølge innklagede var det ikke entydig angitt hvilke produkter som var tilbudt. Samme dag ble kontrakt tildelt ASKO Hedmark AS.
- (6) Klager påklaget avvisningsbeslutningen den 26. november 2020. Innklagede tok ikke klagen til følge.
- (7) Klager begjærte den 30. november 2020 midlertidig forføyning ved Hedmarken tingrett, med påstand om at avvisningen av klagers tilbud var ulovlig. Samme dag sendte klager bekreftelse til innklagede gjennom Mercell om at vedståelsesfrist for deres tilbud ble forlenget til 31. mars 2021. Etter forespørsel fra innklagede, bekreftet også ASKO Hedmark AS gjennom Mercell den 2. desember 2020 forlengelse av vedståelsesfristen til 31. mars 2021.
- (8) Etter muntlige forhandlinger den 27. januar 2021, avsa Hedmarken tingrett kjennelse i forføyningssaken den 3. februar 2021, hvor klager fikk medhold. Innklagede annullerte så sin tildelingsbeslutning og opphevet avvisningen av klagers tilbud.
- (9) Den 19. april 2021 sendte klager melding til innklagede gjennom Mercell og etterspurte tildeling i konkurransen. Til dette svarte innklagede: *«Vi jobber med dokumentasjonen, og håper vi kan tildele neste uke».*
- (10) Den 30. april 2021 ble leverandørene informert om at kontrakt var tildelt ASKO Hedmark AS (heretter *valgte leverandør*). Etter melding fra klager den 4. mai 2021 om at vedståelsesfristen var utløpt, sendte innklagede den 6. mai 2021 anmodning til leverandørene om å forlenge vedståelsesfristen til 15. juni 2021. Valgte leverandør bekreftet forlengelsen samme dag. Klager forlenget ikke vedståelsesfristen, og sendte følgende melding til innklagede:

*«Det er ikke anledning til å forlenge vedståelsesfristen etter at avgjørelsen er tatt nesten fem måneder etter at en forlenget vedståelsesfrist gikk ut. Dersom dere inngår avtale med Asko er det en ulovlig direkteanskaffelse».*

- (11) Innklagede publiserte så en intensjonskunngjøring i Doffin og TED, publisert henholdsvis 13. og 14 mai 2021. Det fremgikk av kunngjøringen at innklagede hadde intensjon om å inngå kontrakt med valgte leverandør, samt en begrunnelse for intensjonskunngjøringen:

*«Kontraktsinngåelse uten kunngjøring av konkurranse*

- *Anskaffelsen ligger utenfor virkeområdet til anskaffelsesforskriften*

*Forklaring*

*Konkurransen om rammeavtale kolonialvarer ble opprinnelig publisert i Doffin 15.05.2020 med tilbudsfrist 12.06.2020. Det ble mottatt 2 tilbud.*

*Evalueringen av tilbudene ble forsinket grunnet korona og spørsmål om rettmessig avvisning av det ene tilbudet med klage og påfølgende begjæring om midlertidig forføyning til Hedmarken tingrett. Spørsmålet om avvisning ble avgjort i Hedmarken*

*Tingrett ved dom 03.02.2021. Evalueringen av tilbudene ble deretter gjennomført som beskrevet i konkurransegrunnlaget og vinner av konkurransen ble Asko Hedmark AS.*

*Oppdragsgiver har derfor intensjon om å skrive kontrakt med Asko Hedmark AS for rammeavtale kolonialvarer. I forbindelse med avgjørelsen i Hedmarken tingrett og at anskaffelsesprosessen dro ut i tid ble det avglemt å forlenge vedståelsesfristen frem til evalueringen var gjennomført og karensperioden var overstått.*

*Begge tilbydere er bedt om å bekrefte at vedståelsesfristen forlenges til 15. juni 2021, jf. FOA § 20-6 tredje ledd. Oppdragsgiver mener det er anledning til å forlenge vedståelsesfristen og inngå kontrakt med vinnende tilbyder i medhold av anskaffelsesforskriften § 20-6 tredje ledd. Oppdragsgiver mener det skjer innen rimelig tid og at det ikke foreligger noen forhold som fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud.»*

- (12) Intensjonskunngjøringen ble ikke angrepet. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 1. juni 2021.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 15. juni 2021.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. januar 2022.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (15) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter utløp av vedståelsesfrist for tilbudene.
- (16) Vedståelsesfristen utløp 12. desember 2020. Kommunen sendte aldri forespørsel om ytterligere forlengelse, og bekreftet heller aldri at vedståelsesfristen var forlenget etter vår melding den 30. november 2020. Oppfriskningen av vedståelsesfristen er derfor gjort alt for sent. Valgte leverandørs bekreftelse på forlenget vedståelsesfrist til 31. mars 2021 er ikke sendt gjennom Mercell, og dermed ikke gyldig.
- (17) Det har vært en dramatisk endring i markedet for storhusholdning som følge av Covid-19. Svært mange kunder stengte, og det ble innført strenge og fordyrende smittevernstiltak. Tilbudene som ble gitt i mai 2019 var således basert på helt andre forhold enn det gjeldende etter utløpet av vedståelsesfristen, uavhengig av om denne var 12. desember 2020 eller 31. mars 2021.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (18) Det bestrides at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Det var anledning til å forlenge vedståelsesfristen, og anmode tilbydere om å fastholde tilbudene sine. Det ble i tillegg publisert en intensjonskunngjøring om inngåelsen, som vil avskjære anledningen til å ilegge overtredelsesgebyr.
- (19) Det erkjennes at vedståelsesfristen var utløpt på tidspunktet for tildeling av kontrakt. Vedståelsesfristen utløp 31. mars 2021, noe begge leverandører har bekreftet. Oppfriskningen av fristen er skjedd innen rimelig tid, og dermed i tråd med regelverket. Det gikk fem uker mellom utløp av den bekreftede vedståelsesfristen til forespørsel om bekreftelse på ytterligere forlengelse. En leverandør kan også forlenge sin vedståelsesfrist

muntlig, skriftlig eller ved konkludent adferd. Begge leverandørene gav signaler om at de vedsto seg tilbudet etter utløp av vedståelsesfristen. Det vises her til klagers henvendelse den 19. april hvor det ble etterspurt tildelingsbeslutning. Valgte leverandør har også skriftlig bekreftet ytterligere forlengelse av vedståelsesfristen etter tildeling.

- (20) Videre har ikke forlengelsen av vedståelsesfristen ført til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud. Kontrakten har en varighet på opptil fire år, og matvarene skal kjøpes over lang tid. Markedet er relativt statisk, og endres ikke i drastisk tempo. Prisene i dette markedet er heller ikke sterkt varierende eller i sterk utvikling. Det bemerkes at det er bedt om fastpris i tilbudene. Avtalen åpner for at varer kan byttes ut, men vareutvalget vil være det samme.
- (21) Det er uansett publisert en intensjonskunngjøring, noe som avskjærer muligheten for å ilegge gebyr for ulovlig direkte anskaffelse. Videre har kommunen verken handlet forsettlig, grovt uaktsom eller simpelt uaktsomt. Anskaffelsen har vært kunngjort i markedet to ganger, begge leverandørene leverte tilbud i begge konkurranser, fullstendig anskaffelsesprosess ble gjennomført, og det ble publisert intensjonskunngjøring. Et eventuelt gebyr må settes svært lavt.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (22) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (23) Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for levering av kolonialvarer som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 80 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

#### *Ulovlig direkte anskaffelse*

- (24) Klager har anført at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter at vedståelsesfristen var utløpt.
- (25) Det følger av forskriften § 20-6 (1) at oppdragsgiver kan fastsette en vedståelsesfrist, som angir hvor lenge tilbudene skal være bindende. Før utløpet av vedståelsesfristen kan oppdragsgiver «*spørre leverandørene som har gitt tilbud, og som ikke er avvist og ikke har fått sine tilbud forkastet etter § 23-11, om å forlenge fristen*», jf. tredje ledd første punktum. Oppdragsgiver kan også «*innen rimelig tid etter utløpet av fristen*» spørre leverandørene om å fastholde tilbudet, jf. tredje ledd andre setning.
- (26) Klagenemnda finner det klart at vedståelsesfristen for samtlige tilbud ble forlenget til 31. mars 2021. Både klager og valgte leverandør har bekreftet overfor innklagede ved melding i konkurransegjennomføringsverktøyet å vedstå seg sine tilbud først til den 12. desember 2020, og så til 31. mars 2021. Det avgjørende for om tilbudet anses bindende, er at det er gitt bekreftelse fra leverandøren til oppdragsgiver om at vedståelsesfristen for det inngitte tilbudet forlenges.
- (27) Videre er det klart at innklagede ikke forespurte noen av leverandørene om å forlenge vedståelsesfristen ytterligere innen den 31. mars 2021. Innklagede sendte først

forespørsel om ytterligere forlengelse av vedståelsesfristen den 6. mai 2021. Hva som er «*innen rimelig tid*» etter utløp av vedståelsesfristen må avgjøres konkret. I NOU 2010:2, side 166 (*Håndhevelse av offentlige anskaffelser*) er det imidlertid påpekt at en måned åpenbart vil være for sent. Klagenemnda finner det på denne bakgrunn klart at forespørsel om ytterligere forlengelse ikke er gjort «*innen rimelig tid*».

- (28) Valgte leverandør bekreftet å stå ved tilbudet ved melding den 6. mai 2021, cirka fem uker etter utløp av den forespurte vedståelsesfristen. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 1. juni 2021. Spørsmålet nemnda skal ta stilling til er om innklagede med dette gjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (29) 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).
- (30) Klagenemnda bemerker at en kontraktsinngåelse etter utløpet av vedståelsesfristen ikke uten videre utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, selv om den er skjedd på et tidspunkt hvor valgte leverandørs tilbud ikke lenger var bindende. Dette er lagt til grunn av Hålogaland lagmannsrett i sak LH-2014-189202, og det er fulgt opp av klagenemnda i flere saker, se blant annet 2016/97 og 2020/621.
- (31) Avgjørende for vurderingen av om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, er om 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 2017/344, avsnitt 32, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 *Pressetext*, avsnitt 36.
- (32) Planlagt kontraktsoppstart ble i denne saken utsatt i overkant av ti måneder som følge av både intern arbeidsbelastning og midlertidig forføyning over avvisning av klagers tilbud. Klagenemnda finner at dette utgjør en endring. Spørsmålet blir derfor om utsettelsen av kontraktsinngåelsen i overkant av ti måneder etter utløp av vedståelsesfristen medfører at den inngåtte kontrakten innebærer en *vesentlig* endring i forhold til den konkurransen som ble kunngjort.
- (33) Hvorvidt en endring er vesentlig, beror på en konkret vurdering. Når det gjelder endringer i tidspunktet for oppstart av kontrakter, vil dette også kunne være en vesentlig endring dersom kjennskap til det nye oppstartstidspunktet før tilbudsfristen medførte at andre tilbydere ville deltatt i konkurransen, eller tilbudene ville hatt et annet innhold.
- (34) Klager har vist til at det skjedde en dramatisk endring i markedet for storhusholdning i mars og april 2020 som følge av covid-19. Tilbudene som ble gitt i mai 2019 var således basert på helt andre forhold enn de forhold som var gjeldende etter utløp av vedståelsesfristen 31. mars 2021.
- (35) Tilbudene som ble levert i mai 2019, ble inngitt i en konkurranse som ble avlyst. Tilbudsfrist i konkurransen denne saken gjelder, var 12. juni 2020. På dette tidspunktet var det tre måneder siden de strengeste restriksjonene grunnet covid-19 pandemien ble innført i Norge. Det var på dette tidspunktet også gitt flere lettelsener i de strengeste tiltakene. Konsekvensene av covid-19 var derfor noe leverandørene hadde gode forutsetninger for å ta hensyn til i sine tilbud som ble levert i juni 2020. Klagenemnda

kan derfor ikke se at det er sannsynliggjort at leverandørene ville ha utformet tilbudene annerledes, dersom de hadde visst at kontraktsinngåelsen ville bli utsatt.

- (36) Videre har innklagede kunngjort en intensjonskunngjøring av kontraktsinngåelsen, og har med det synliggjort kontraktsinngåelsen for potensielle leverandører. Intensjonskunngjøringen ble ikke angrepet.
- (37) Etter klagenemndas oppfatning foreligger det ikke holdepunkter for at kjennskap til det nye oppstartstidspunktet før tilbudsfristen, ville medført at andre leverandører deltok i konkurransen, eller at innholdet i kontrakten var vesentlig forskjellig fra den kunngjorte kontrakten.
- (38) Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

***Konklusjon:***

Stange kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

*Dokumentet er godkjent elektronisk*